

الموسوعة القانونية
للإستثمارات والحقوق الدولية
وثائق وبحوث
(٤)

التعاقد الدولى

ونجهيز مشروعات التنمية

ضمان المستحقات

د . نعيم عطية
نائب رئيس مجلس الدولة السابق
مستشار الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية السابق
أستاذ القانون العام
مستشار قانونى ومحام لدى محكمة النقض

الناشر
دار النهضة العربية بالقاهرة



الموسوعة القانونية
للإستثمارات والعقود الدولية
وثائق وبحوث
(٤)

التعاقد الدولي

ونجهيز مشروعات التنمية

ضمان المستحقات



General Organization of the Alexandria Library (GOAL)
Bibliothèque d'Alexandrie

د . نصيم عظيم

نائب رئيس مجلس الدولة السابق
مستشار الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية السابق
أستاذ القانون العام
مستشار قانونى ومحام لدى محكمة النقض

الإهداء

إلى ذكرى الراحل الكريم

العميد الدكتور حسن بغدادى

أول من فتح أعيننا على الجوانب الدولية
لعلاقات القانون الخاص

ن . ع

مقدمة .

أن أخشى ما يخشاه المتعاقد أن ينكص المتعاقد الآخر عن أداء التزاماته التي يحمله بها العقد المبرم بينهما ، وبخاصة إذا ما كانت الظروف التي يبرم في خضمها العقد مما يعرض المتعاقد لخطر جسام ، قد تفضى إلى إيقاع خسائر ضخمة به .

إن التجارة الدولية فضلا عن إنها تفتح الباب أمام صفقات ضخمة ومعقدة للتنفيذ ، فإنها أيضا تفتح الباب أمام الأخطار الكبيرة التي يضعها المقاولون المتعاقدون على تجهيز المشروعات الدولية موضع اعتبارهم . ولهذا فإن عقود المقاولات الدولية المتعلقة بتجهيز المشروعات الكبيرة سواء بتوريد البضائع والخدمات أو بالانشاءات العامة ، تكثر كثيرا بأن تنظم في نصوصها ضمانات هذه العقود ، والتأمين ضد الأخطار ، فضلا عن العناية بإيضاح كيفية أداء سعر العقد والعملية التي سوف يؤدي بها ، وذلك على الأخص نظراً إلى أن عقد المقاول (أعمال مدنية - خدمات - سلع) هو بصفة عامة من عقود المدة ، وقد يستغرق اتمام تنفيذه فترات زمنية ، وإن كان متفقاً عليها ، إلا أنها لن تكون قصيرة ، مما يجعل العقد معرضاً وخاضعاً لتقلبات السوق وأسعار الصرف الأجنبي ، ومن ثم تعن الحاجة في مثل هذه العقود إلى أن تضبط نصوص العقد وموضوعات تسديد الثمن ودفع المستحقات ، وتحديد العملة المتعامل بها ، وتثبيت السعر الذي يجري التعامل عليه . وكل ذلك على نحو يتسم بأكبر قدر من الوضوح ، حتى يأمن المتعاقدان الوقوع في منازعات قد تكبدهما مصاريف كبيرة ، مما على أى حال في غنى عنها . وعلى ضوء ذلك ، نجد أن العبء الذي يقع على رجال القانون الذين يستعان بهم في صياغة عقود

المقاولة الدولية هذه سوف يكون عبثا لا يستهان به ، وأن كان سوف يشاركهم فى القيام به على أى حال فريق من الاختصاصيين فى شئون المال والتجارة والصناعة والتكنولوجيا وغيرها بحسب الأحوال .

الا أن ممارسات التجارة الدولية قد أوصلت على أى حال إلى التعرف على حلول لعدد من التساؤلات التى قد يصطدم بها المشتغلون بمثل هذه العقود ، سواء فى مرحلة الإعداد أو فى مرحلة التنفيذ ، أو عند وقوع الخلاف والمنازعة ، وليس ذلك إحتمالا غير وارد على أى حال ، وقد تصدت أيضا بعض وثائق التجارة الدولية الصادرة عن هيئات دولية معترف بها ، كغرفة التجارة الدولية بباريس ، لوضع صيغ وحلول ملائمة لهذه الموضوعات ولا يجوز للدارس لعقود التجارة الدولية أو المشتغل بها تجاهلها ، ومن ثم يجدر التصدى بالاستيعاب والفهم لما أوردته مثل هذه الوثائق ، ولو بالاستعراض السريع لها بحسب أمكانيات هذه الدراسة .

الفصل الأول

السعر والعملية

سعر الصرف الأجنبي :

تجلب التجارة الدولية ، بإعتبارها تعاملات بين بلاد ذات عملات مختلفة عنصراً اقتصادياً جديداً ، هو « سعر الصرف الأجنبي » وهو سعر الوحدة من النقد الأجنبي مقدراً بوحدات من العملة الوطنية .

ومن المقرر إن إستيراد السلع من أحد البلاد الأجنبية يحتاج عادة إلى عملة هذا البلد الأجنبي . ومن ثم تزيد الواردات من الطلب على العملات الأجنبية وتزيد أيضاً من عرض العملة الوطنية في الأسواق العالمية ، مما يؤثر على سعر الصرف الأجنبي . وكأي سلع يتحدد سعر العملة الوطنية بالنسبة للعملات الأجنبية تبعاً لمقدار المطلوب والمعرض منها في الأسواق الأجنبية . والسعر الذي يتحدد للعملة الوطنية على هذا النحو ، أى تبعاً لاعتبارات العرض والطلب هو ما يسمى « سعر الصرف الحر » . وهو ما يعول عليه في معاملات التجارة الدولية أكثر مما يعول على ذلك السعر الذي تحدده السلطات النقدية في الدولة لعملتها ، وهو ما يسمى « سعر الصرف الرسمي الثابت » .

ونظراً للتقلبات التي تتعرض لها أسعار الصرف الأجنبية تبعاً لإعتبارات عديدة ومتنوعة ، ولا يمكن لزماً إحكام السيطرة عليها من جانب السلطات النقدية الرسمية في الدولة ، فإن السعر في عقد المفاولة الدولي ، يشكل عنصراً يلقي أشد الإهتمام من جانب عارضى السلع والإنشاءات والخدمات الذين سوف يتعاقدون على تزويد مشروعات التنمية بها في بلدان تختلف عن بلدانهم وكثيراً ما يتعرض سعر الصرف الأجنبي بالنسبة لعملات هذه البلدان للإنحدار والتقلب . كما يؤثر عنصر السعر في عقود تجهيز مشروعات التنمية الدولية ، والعمللة التي يؤدي بها ، إنشغال هيئات التمويل الأجنبية والدولية التي تقوم باقراض البلدان التي بحاجة إلى تجهيز مشروعاتها التنموية بالإعتمادات التي تمكنها من الحصول على السلع والإنشاءات والخدمات اللازمة من مقاولي البلدان المتقدمة .

وعلى ضوء اعتبارات سعر الصرف الأجنبي ، وتبعاً لتقلبات السوق نستطرد فيما يلي إلى دراسة بعض إنعكاسات ذلك على تحديد السعر فى عقود تجهيز مشروعات التنمية الولية .

ويجب بادئ ذى بدء ان تحدد وثائق المناقصة بوضوح ما إذا كانت الاسعار سوف يكون التناقص عليها كأسعار ثابتة أم كأسعار متغيرة . أو بعبارة أخرى هل تكون الاسعار التى يتقدم بها مقدم العطاء أسعار لارجعة فيها ولا تبديل مهما كانت الظروف والأحوال ، أم أن مقدم العطاء يضع فى إعتباره أن تتغير الاسعار (ارتفاعاً على الأخص) تبعاً لتقلبات السوق . فيكون من حقه أن يطلب من صاحب المشروع أن يدفع اسعاراً معدلة تبعاً للظروف الاقتصادية المتغيرة التى سوف تطرأ مستقبلاً على مدى زمن تنفيذ العقد . ويمكن ان تتضمن التعليمات الموجهة من صاحب المشروع إلى المتقدمين بالعطاءات تفاصيل ما يدخل فى حسابانه بالنسبة لقياس الأسعار التى سوف يلتزم بها وحسابها ، أو قد يضمن صاحب المشروع هذه التفاصيل فى شروط العقد .

الضمن المحدد والضمن المتغير :

وعندما تكون البضاعة المشتراة متفقاً على تسليمها فى فترة قصيرة فإن المشتري يطلب من المتناقصين عادة أن يتقدموا بعطاءاتهم على أساس سعر ثابت أو محدد ، وعندئذ يظل السعر الذى عرضه البائع أو المورد ثابتاً غير قابل لأى تغيير ، وذلك بصرف النظر عن التقلبات غير المنظورة فى التكلفة . وعلى البائع أو المورد فى ظل التزامه بالضمن المحدد أو الثابت يقع عبء التغيرات غير المتوقعة فى الأحوال الاقتصادية المؤثرة فى الأسعار ، وإزاء ذلك فإن مقدم العطاء على أساس السعر الثابت يجب عليه ان يقدر حين يحدد سعر عطائه الاحتمالات الواردة بالنسبة لارتفاع الأسعار ، ويدخلها فى الضمن الذى يحدده فى عطائه ، وعندئذ فإن السعر الذى سوف يتقدم به لصاحب المشروع سوف يكون مراعى فيه فروق الأسعار المحتملة فى الفترة الزمنية التى سوف يتعاقد على التوريد أو تسليم البضاعة خلالها ، وذلك لأنه لن يكون

من حقه بعد ذلك ان يتحصل من السعر الذى التزم به أو يطالب المشتري بأن يتحمل كلاً أو بعضاً من الزيادة الطارئة فى الأسعار .

والعطاءات على أساس أسعار ثابتة ميسرة فى التقييم والمقارنة فيما بينها وسهلة فى أعداد ميزانياتها . كما ان العقد المتولد عن مناقصات الأسعار المحددة سهل فى تنفيذه ، وفى الرقابة على اجراءات التنفيذ . وعلى أى حال ، فإن الزيادة فى الأسعار لا تكون محل توقيع ، ومن ثم لا تكون موضع اعتبار بالنسبة لعقود البيع أو التوريد قصيرة المدة . ولهذا فإنه كقاعدة عامة يكون استخدام عقود الثمن المحدد مستحبا عندما يكون التسليم أو دفعات التوريد متوقعة التنفيذ خلال سنة فى الأوقات العادية ، ويلاحظ عملاً أن أغلبية البضائع والمعدات النمطية تشتري بعقود السعر المحدد .

وعلى أى حال ، وفى مشروع تجهيز مصنع إذا اقتضى الأمر تزويده بمعدات على دفعات يستغرق توريدها أو تصنيعها مدة أطول من سنة ، يكون من الأفضل للمشتري ان يدعو المتناقصين إلى التقدم بعطاءاتهم على أساس سعر محدد ولكنه أيضاً فى الوقت ذاته قابل للتعديل كى يتفق مع التغيرات فى تكلفة العمالة والمواد المصنعة ، وذلك وفقاً لصيغة تتضمنها شروط العقد . وفى هذه الحالة ، فإن المورد يمكنه أن يتقدم بأقل سعر ممكن مبنى على التكلفة التجارية ، مع التأكد من أن أى زيادة تطرأ على التكلفة أثناء فترة تنفيذ العقد سوف يعرض عنها كاملاً . وبالمثل ، فإن أى إنخفاض فى التكلفة سوف يخول المشتري أن يعدل اسعار العقد بالنقصان .

وبالنسبة لعقود الأشغال العامة الكبيرة ، فإن التنفيذ يطول عادة إلى أكثر من سنة على ميعاد تقديم العطاءات . ومن أجل ذلك ، فإن الثمن المتغير أى القابل للتعديل هو القاعدة المألوفة فى التعامل . ويجرى ابراج نص على الالتزام بقاعدة الثمن

المتغير في عقود الأشغال العامة المجهزة من خلال إجراءات مناقصة بولية ،
مادام أن المقاولين الأجانب سوف يصعب عليهم تقدير معدلات التضخم المستقبلية في
بلدان المتعاقدين معهم .

وعلى الرغم من هذه الاعتبارات ، فإن عديدا من الحكومات لازالت تفضل عقود
التمن الثابت على عقود التمن المتغير ، وذلك لسهولة إعداد ميزانيات المشروع . ولكن
هذه الحكومات بذلك ، يغب عليها أن الموردين ومقاولي البناء الذين يقدمون عطاءاتهم
على أساس السعر الثابت ينزعون إلى الزيادة في عروض أسعارهم لمواجهة احتمالات
زيادة التكلفة . والواقع إنه على المدى الطويل ، فإن العقود الكبيرة التي تقدم عطاءات
أسعارها على الأساس المتغير تفض عادة إلى أسعار ختامية أقل إنخفاضاً عن تلك
التي تقدم عطاءات أسعارها على الأساس الثابت .

عقود توريد البضائع والمعدات :

وكما سبق أن أوضحنا فيما تقدم ، فإن قاعدة التمن المتغير بالنسبة للعطاءات هي
أفضل أسلوب للمشتري أن ينتهجه عادة كلما زاد حجم مشترياته من البضائع أو
المعدات . وقد يعتبر من قبيل التسمية الخاطئة أن يطلق على هذا « معادلة الزيادة في
الأسعار » ما دام إنه يمكن على مدى سريان العقد أن ينجم تخفيض في أسعار العقد
أيضا ، وليس زيادتها فحسب وذلك إذا طرأ انخفاض في تكلفة الواحدة أثناء تنفيذ
العقد ، كما يحدث كثيرا ، ولذلك كان من الأنسب أن يطلق على هذا « معادلة التباين أو
الاختلاف في الأسعار » . والمعتاد أن تأخذ معادلة التباين الصيغة الآتية :

$$س = س + ١ + ب \frac{\bar{X}}{X} + ج \frac{\bar{C}}{C}$$

وذلك على الأساس التالي :

س = السعر المعدل ، أى السعر المؤدى يوم الدفع

س = سعر العقد (السعر الأساسي) أى السعر المتعاقد عليه ، أى السعر يوم العقد
خ = معامل الحساب الأساسى المقابل للخدمات (على سبيل المثال ، الصُلب الذى
صنعت منه البضاعة) على ما هو عليه قبل ثلاثين يوما من تاريخ أقفال باب
المناقصة .

خ' = معامل الحساب المقابل للخامات يوم تنفيذ العقد (على سبيل المثال ثلاثة أشهر
سابقة على شحن البضائع المتعاقد عليها أو متوسط مدة التصنيع) .

ع = معامل الحساب الأساسى لتكلفة الأجور للصناعة المتعاقد عليها ، على ما هو
عليه ثلاثين يوما سابقة على تاريخ أقفال باب المناقصة .

ع' = معامل الحساب المقابل لتكلفة الأجور يوم تنفيذ العقد (على سبيل المثال ، ثلاثة
أشهر سابقة على شحن البضائع المتعاقد عليها أو متوسط مدة التصنيع) .

وينقسم سعر العقد (س) فى المعادلة السابقة إلى ثلاثة مكونات :

أ = نسبة المصاريف السارية (الادارية) بالإضافة إلى نسبة الربح فى سعر
العقد . وهذا المكون غير ممكن تعديله ، أى غير قابل لتحريكه زيادة أو
نقصانا بحسب تغير ظروف العقد المستقبلية ، ولهذا فهو يسمى بالمكون
الثابت .

ب = نسبة تكلفة الخامات فى قيمة العقد الكلية ، أى فى سعر التعاقد .

ج = نسبة تكلفة العمالة فى سعر التعاقد .

$$\frac{100}{100} = أ + ب + ج$$

والمكون الثابت (أ) يمكن أن يختلف حجمه تبعاً لطبيعة البضاعة وعلى أى حال ، فإن مدى هذا المكون يتراوح عادة بين $\frac{5}{100}$ و $\frac{15}{100}$ ومع افتراض ان التكلفة سوف تتزايد ، فان الموردين يفضلون بطبيعة الحال ان يكون هذا المكون اقل نسبة فى رقم التكلفة ، مادام ان هذا المكون ان يكون قابل للتعديل . ولذا هذا السبب أيضا ، يكون من صالح المشتري أى المستورد أن يكون هذا التكوين مقدراً بأعلى نسبة فى حجم التكلفة .

أما المكون الثانى (ب) وهو المكون المادى ، فهو قابل للتعديل تبعاً لمعامل حساب الخامة الأساسية الداخلة فى تصنيع السلعة .

وعلى الرغم من ان خامات أخرى ، مثل اللوالب النحاسية والمشابك والأجزاء البلاستيك أو الدهانات تكون قد استخدمت فان معامل حساب الصلب يتخذ لينوب عن كل هذه الخامات الداخلية فى التصنيع ، وذلك إذا كانت المادة الخام الأساسية المستخدمة هى الصلب . وعلى أى حال ، وفى حالة وجود خامتان أو ثلاثة رئيسية وتكون أسعارها حاسمة بالنسبة للتكلفة الأجمالية للمنتج ، فإن المكون المادى يقسم إلى مكونين أو ثلاثة مكونات فرعية تتخذ معاملات لحساب المقابل .

أما مكون العمالة (جـ) فهو عادة يعدل على أساس من المعامل لحساب صناعة واحدة (وعلى سبيل المثال ، صناعة إنتاج الصلب) وفى حالات نادرة يمكن أن يجرأ المعامل لحساب تكلفة العمالة إلى مكونات فرعية ، وذلك عندما تمثل هذه المكونات تكلفة أكثر أنضباطاً وتضفى على عملية التعديل مزيداً من الدقة .

والمعدلات القياسية تستقى عادة من النشرات الحكومية ، مثل احصاءات وزارة العمل ، أو منشورات هيئات مثل غرفة التجارة الدولية . وفيما يلى نورد معادلة أكثر تفصيلاً لعقد توريد مصنع كامل قائم على أكثر من مكون مادى وعمالى :

$$س = س [1 + \frac{خ ص}{خ ن} + \frac{ج د}{خ ن} + \frac{هـ و}{خ ل} + \frac{ز ح}{خ ل}]$$

وذلك بمراعاة الأيضاحات التالية :

خ ص / خ ن = معدلات خامة الواح الصلب

خ ن / خ ن = معدلا خامة النحاس الالكترونى

خ ل / خ ل = معدلات خامة البلاستيك العازل

ع ك / ع ك = معدلات عمالة صناعة الكهرباء

ع ل / ع ل = معدلات عمالة صناعة البلاستيك

أ = نسبة مقابل المكون الثابت فى سعر العقد

ب ، ج ، د = نسبة تكلفة كل من هذه المكونات المادية فى سعر العقد

هـ ، و = نسبة تكلفة كل من هذين المكونين العماليين فى سعر العقد

وقد أدت عديد من الجمعيات والنقابات المهنية معادلات مقبولة بصفة عامة لمعدلات تعديل أسعار منتجاتها ، ومن الامثلة على ذلك « الجمعية البريطانية لارباب الصناعات الكهربائية والمشاركة » التى أصدرت معادلات للكابلات الكهربائية .

وثمة أمر آخر يجب أن يبت فيه ، وهو ما إذا كانت معادلة التعديل سوف يقررها المشتري أم يقررها البائع :

(١) فإذا كان المشتري هو الذى يقررها فإن وثائق المناقصة يجب أن تحدد المعادلة التى سوف تطبق على أصحاب العطاءات جميعا . وعند تقييم العطاءات فإن المقارنة بينها تقتصر على المقارنة بين الأسعار الأساسية

وحدها بنون السماح بأى تعديل فى الأسعار وهذا هو الأجراء الذى توحى به
لوائح عديد من هيئات التمويل النولية ، وفى مقدمتها البنك الدولى

(ب) وإذا كانت المعادلة نمطية موصى بها من قبل جمعية مهنية بالنسبة للمنتج
المزاد عليه ، فإن هذا يسهل الأمور كثيراً ، ولا يدع مجالاً كبيراً لنشوء
مشاكل .

(ج) أما إذا كان الشراء محل البحث ليس مما يغطيه مثل هذه المعادلات
النمطية ، فإن على المشتري أن يعد معادلة يضمها وثائق المناقصة . وإذا
نص فى وثائق المناقصة على معادلة موحدة التطبيق على المتناقصين كافة ،
فانه يجب ان يكون ملحوظا ان توزيع التكلفة بين مكون الخامة ومكون العمالة
ليس بلزماً أن يكون واحداً بالنسبة لكل متناقص . وعلى سبيل المثال ، فإن
صانعا فى الولايات المتحدة قد تكون تكلفة العمالة عنده أعلى بكثير مما هى
عند منافسه اليابانى . على ان كل متناقص يجب أن يثبت فى عطائه سعره
على النحو الذى يتناسب مع المعادلة المذكورة فى وثائق المناقصة .

والأسلوب البديل لذلك هو ان يطلب من المتناقص (البائع) أن يحدد فى عطائه
المعادلة التى يريد ان يتعامل على أساسها . وعندئذ ، فإن المتناقص قد يطالب أيضاً
بان يحدد أقصى تعديل للسعر سوف يسمح به ، وأثناء أجراء المقارنة بين العطاءات
فانه يفترض أن السعر وقد زيد إلى الحد الأعلى من أجل المقارنة وأختيار أرخص
العطاءات سعرا .

عقود الأشغال العامة :

لا تختلف معايير تحديد السعر فى عقد من عقود الاشغال العامة أساسا عن معايير تحديده فى عقد من عقود شراء البضائع ، فإن للسعر فى عقد من عقود الاشغال العامة بنوره مكونات ثلاثة هى مكون ثابت ، ومكون مالى ، ومكون العمالة . على أنه ، كلما زاد المشروع الذى ينصب عليه عقد الاشغال العامة حجما وتعقيدا كلما زادت إجراءات تحديد السعر طولا وتفصيلا . ويدخل فى المقومات التقليدية لتكلفة عقد الاشغال العامة الحديد المسلح ، والأسمنت والخشب ، والأحلاط ، وفولاذ الانشاءات ، ومنتجات البيتومين ، والاستهلاكات فى الموقع والمعدات . وبالمثل ، فإن العمالة قد تتألف من عمالة عادية ، وصناع مهرة ، ومهندسين قائمين بالإشراف . ويدخل فى الاعتبار عند تحديد الثمن ، الفترات الزمنية التى تؤدى عنها الدفعات الدورية . فيحسب مقابل هذه المقومات بمراعاة تلك الفترات الدورية .

وعندما تكون التكلفة كلها مدفوعة فى البلد الذى تنفذ فيه الاشغال فإن الأسعار سوف تبنى على قوائم الأسعار المقررة من جانب الحكومة المحلية أو غرفة التجارة فى ذلك البلد . على أنه بالنسبة لأغلب مقاولات الانشاء الكبيرة المجهزة من خلال مناقصات تنافسية نولية ، يكون جزء من التكلفة أجنبيا لتغطية نفقات مثل استيراد المواد الأولية الضرورية للمشروع التى تكون غير متوافرة محليا ، واستيراد الوحدات الصناعية ، والمعدات المتعاقدة على انشائها ، والمرتببات المدفوعة للمهندسين غير المحليين والمستجلبين للمشروع . وفى هذه الحالة ، فإن الاجراء الأمثل هو الاقتداء بالنسبة لكل مقوم من مقومات التكلفة الاجنبية بقائمة أسعاره فى البلد الذى يصدر عنه ذلك المقوم ، فإذا كان بالإمكان الفصل بين المقوم الأجنبى والمقوم المحلى فى الصياغة المقدمة لمعادل التكلفة (وذلك متى كان ذلك المقوم الأجنبى قابلا لتبينه

وتمييزه ، كما لو كان الهيكل الفولاذي للمصنع والمعدات سوف تستورد بينما سوف تجهز بقية المقومات محليا (فان ذلك المقوم الأجنبى وحده هو الذى يراعى فى تقدير الاسعار الاجنبية ، وعلى وجه التحديد أسعارها فى بلد المصدر ، أما باقى المقومات ، وهى المحلية ، فسوف يراعى فيها القوائم المحلية . على أن التعرف على هذا وذاك من مقومات التكلفة لهو أمر من النادر أن يكون سهلا . وعلى سبيل المثال ، فان الوقود قد يكون متوافراً محليا بالنسبة للمقاول ، ولكن ليس بالكمية الكافية لسد احتياجات المشروع برمته . ولهذا ، فانه لاداء بعض الأعمال سوف يكون ملزماً باستيراد بعض الوقود . كما أن المصنع المتعاقد على انشائه قد يكون متضمناً لمقومات أجنبية وأخرى محلية تختلف نسبتها إلى بعضها باختلاف الحالات . وهكذا فإن المعالجة المثلى للوصول إلى تحديد أفضل لسعر المشروع قد تقتضى تخصيص صياغة معادلة للتكلفة المحلية ، وصياغة أخرى معادلة للتكلفة الأجنبية ، فهذه الطريقة الثنائية تساعد على التوصل إلى تحديد أكثر دقة للتكلفة الإجمالية .

وإذا تضمن المشروع عددا من العمليات غير المتماثلة فى أنماطها مثل فحوص التربة ، وتجهيز الاسمنت وتوريد الطوب ، وأقامة الكبارى وتجفيف الأرض ، فإن محاولة تجزئة الكم الإجمالى للعقد إلى تكاليف جوهريّة ووضع معادلة تعديل أسعار سوف يكون أمر شاقا وإن تكون النتيجة على طول الخط صحيحة . وفى هذه الحالة فإن أفضل معالجة لذلك هو إعداد معادلة مستقلة لكل نمط من العمليات . على ان تكون هذه التجزئة مرتبطة بجدول الكميات والفئات . وهو الجدول الذى توصف فيه كمية الأعمال المتعهد بتنفيذها ونوعياتها .

وفى عقود الانشاءات الكبيرة المبرمة فى ظل مناقصات تنافسية بولية تقع مهمة إعداد معادلة تصويب السعر على عاتق المهندس الاستشارى الذى يأخذ على عاتقه إعداد وثائق تفصيلية للأعمال التى تنصب عليها المناقصة وهو يتبع فى إعداد تلك المعادلة التى قد يترتب عليها إعادة تسوية السعر الخطوات التالية :

(أ) تحليل المدخلات اللازمة لتنفيذ الأعمال ، وتحديد ما إذا كان الأنسب وضع معادلة واحدة أو أن الأمر يقتضى أكثر من معادلة .

(ب) معرفة نسبة أهمية المدخلات إلى التكلفة الكلية للأعمال وتوزيع المدخلات المحلية والأجنبية ، وتحديد ما إذا كان يلزم إعداد معادلات منفصلة عن كل من التكاليف المحلية والتكاليف الأجنبية .

(ج) اختيار الاسس التى ستمثل المدخلات الرئيسية .

(د) تحديد شريحة ثابتة ومناسبة من سعر العقد ، ومدى الأسس الصالحة لفعالية المدخلات (الأسهميات) المختلفة .

(هـ) تحديد المعدلات التى يجب أن يشار إليها من قبل المتناقضين وإلى أى حد يجب أن تثبت وثائق المناقصة أو تراجع وقت توقيع العقد .

(و) تحديد مدى تطبيق المعادلة .

(ز) تحديد أنواع أسعار الصرف الأجنبية التى يمكن أن تجرى على ضوءها معادلة التصويب ، إذا لزم الأمر .

تصويب أو تسوية السعر بناء على أدلة مستندية :

فى حالة ما لا تكون هناك معدلات للأسعار يعتمد عليها ، فإن أسلوب المعادلة لن يمكن استخدامه . وفى هذه الظروف ، فإن تعديل السعر سوف يجرى على أساس أدلة مستندية . وأيضاً ، عندما يكون سعر الخامة الأساسية محدداً بقانون أو لائحة حكومية فمن الأسهل والواقع أن يجرى التعديل السعري بابتناؤه على الاسعار الفعلية المدفوعة مقابل الخامات والعمالة . ويمكن اتباع أسلوب مماثل بالنسبة للزيادة فى الضرائب المباشرة والتكلفة عندما تكون هذه الزيادات ناتجة عن تصرفات رسمية

كقانون صادر بعد ارساء العقد . ولذلك ففى هذا المقام تتطلب بعض العقود من المفاوض ان يشتري من المصادر المعترف بها أى الرسمية .

بعض الأحكام العامة فى تحديد الأسعار والعملة :

ثمة بعض النقاط العامة يجب عدم أغفالها عند استعمال « معادلة التصحيح » وذلك سواء بالنسبة لعقود البضائع والمعدات أو لعقود الانشاءات وهذه النقاط هى :

١ - تجرى تصويبات السعر أى إعادة تسويته بالنسبة لكل دفعة تسليم باتباع معادلة قائمة على تاريخ أو متوسط لعدة تواريخ تقع فى المدة السابقة على الشحن . وبالمثل ، بالنسبة للانشاءات ، تجرى تصويبات السعر على كل سداد مؤقت ، أى فى عقود التنفيذ .

٢ - وفى عقد توريد معدات أو عقد اشغال عامة ، اذا اديت الدفعة المسبقة ، فإن المورد أو المفاوض يمكنه أن يستخدم فوراً هذا المال لشراء مكونات أو مواد بالتكلفة الجارية . ولذلك ، فإن إعادة تسوية السعر تجرى فحسب على سعر العقد منقوصاً منها دفعة السداد المسبقة .

٣ - أثناء تحديد أجل تنفيذ العقد ، فإنه ليس بلازم السماح بتصويب السعر الا فى ظروف استثنائية .

٤ - لاجابة إلى اجراء تصويب للسعر الا إذا أسفرت المعادلة عن زيادة فوق نسبة مبدئية ، وذلك حتى لا يكون ثمة حاجة إلى اجراء عمليات حسابية غير ضرورية .

٥ - مصاريف الشحن البحرى والتأمين تعاد تسويتها عادة على أساس التكلفة الفعلية كما تبين فى بوليصة الشحن وشهادات التأمين .

٦ - الضرائب والرسوم تعاد تسويتها على أساس التكلفة الفعلية الثابتة بايصالات السداد .

المناقصة واجراءات المقارنة :

بالنسبة لتوريد البضائع فى السوق الدولية ، فان المتعارف عليه ان تطلب العطاءات بعمللة بلد مقدم العطاء ، أو بعمللة بلد منشأ البضاعة أو بعمللة مستقرة وواسعة الاستعمال فى التجارة الدولية . فإذا أخذ المزايد على عاتقه مخاطر تقلبات سعر الصرف فإنه سوف يدخل ذلك فى سعر عطائه ومن الاعتبارات التى يضعها المتزايد نصب عينه عند إعداد سعر عطائه استقرارية العملة المذكورة فى عطائه ، والعمل أو العملات التى سوف يدفع بها مقدم العطاء مصروفاته فإذا كانت المدفوعات لمقدم العطاء ومصروفاته بالعمللة ذاتها فلن يكون بحاجة إلى الانتشغال بتقلبات أسعار الصرف ، وذلك الانتشغال الذى قد يدفعه إلى ذكر سعر أعلى . ولهذا ، فإنه يجدر أن يترك لمقدم العطاء الخيار فى أن يذكر سعره بالعمللة التى يتوقع أن يؤدى بها تكاليفه .

وأى مقدم لعطاء فى مناقصة عالمية بشأن عقد اشغال ، سوف يضمن سعره جزءا بالعمللة المحلية وجزءا بالعمللة الأجنبية لمواجهة تكاليف مثل ثمن المعدات وقطع الغيار المستوردة ، ومرتبات العمالة الأجنبية . وكثيرا ما يدعى مقدم العطاء لتقديم السعر الكلى لعطائه بعمللة بلد رب العمل أو مالك المشروع . وفى هذه الحالة ، يجب أن يسمح لمقدم العطاء ان يشير إلى تكاليف العملة الأجنبية التى اوردها فى سعر عطائه وسعر الصرف الذى حولت به تلك العملة الأجنبية إلى العملة المحلية أى عملة بلد رب العمل أو مالك المشروع . وعندئذ ، فان اسعار الصرف هذه تثبت على مدى

العقد حتى يحتفظ بقيمة العطاء بالنسبة لعملاته الأساسية . وثمة وسيلة بديلة لذلك ، تحقق الآثار ذاتها ، وتتمثل فى أن يشار فى وثائق العطاء إلى أسعار الصرف بالنسبة للعملة الدولية الأساسية ، وينبى على مقدمى العطاءات أن يستخدموا أسعار الصرف هذه فى حساب العملات الأجنبية البديلة . وأسعار الصرف هذه تجمد طوال مدة العقد وفى الإجراءات السابق استعراضها فيما تقدم تكون مخاطر تقلبات العملة على عاتق المشتري أو مالك المشروع وذلك من أجل الحصول على أقل أسعار فى عروض العطاءات المقدمة على أن بعض البلدان تتردد فى إتباع هذا السبيل لأسباب متنوعة . فمن ناحية أولى ، إذا كانت إحتياجاتها من العملات الأجنبية منحصرة فى عملة واحدة أو عملتين فحسب ، فإن طالبي العطاءات فى هذه البلدان سوف يشترطون تعيين العملة فى حدود المتيسر لديهم . ومن ناحية ثانية ، فعلى الرغم من أن المنهج سالف الإشارة إليه يجعل المقارنة بين العطاءات أمراً سهلاً ميسوراً ، إلا أن مقدمى العطاءات أى المتزايدين سوف يكون عليهم حينذاك أن يتبصروا النتائج التى ستسفر عنها مقارنة عملتهم بعملة العقد . ويتزايد أهمية هذا التأمل كلما تزايدت قيمة العطاءات .

وفى المناقصات الاشغال العامة تتطلب بعض الدول أن يكون عروض الأسعار كلها بالعملة المحلية . وتسمح بتحويل النصيب المقابل للعملة الأجنبية على أساس سعر الصرف فى تاريخ التحويل . على أن هذا يضع مقدم العطاء فى عملية تضمين تدفعه إلى زيادة سعر عطائه لمواجهة إحتتمالات تدهور عملة بلد مالك المشروع طالب العطاء ، وذلك لكى يحافظ مقدم العطاء على متطلباته من النقد الأجنبى . ولا تقبل منظمات الإقراض الدولية بصفة عامة مثل هذه الاشتراطات من جانب طالبي العطاءات .

والنسبة للمقارنة بين العطاءات ، فإن اسعار العطاءات المعروضة بعملات مختلفة يجب أن تحول إلى عملة اساس واحدة . يجب ان يكون معلوما لمقدمى العطاءات مقدما التاريخ الذى سوف يتخذ لاجراء المقارنة بين أسعار الصرف . وهناك عدة أساليب لتصديق هذا التاريخ ، وفى الماضى عندما كانت تتسم أسعار الصرف بين عملات مختلف البلدان الموردة بالاستقرار وكانت تنتشر بمعرفة صندوق النقد الدولى كان المتبع استعمال أسعار الصرف فى تاريخ سابق بثلاثين يوما على التاريخ المحدد لفتح مظاريف العطاءات . ولازال هذا الاجراء متبعاً فى بلدان كثيرة ومن جانب مؤسسات عديدة . وعلى سبيل المثال ، فإن قواعد صندوق التنمية الاوروبى (أى ، دى ، إف) لتجهيز المشروعات تستلزم اتباع سعر الصرف لوحدة المحاسبة الأوروبية (E U A) European Unit of Account فى يوم العمل الأول من الشهر التالى للشهر الذى يجرى فيه فتح مظاريف العطاءات . وأسعار الصرف هذه يعلن عنها فى الجريدة الرسمية للوحدة الأوروبية . ولازالت بلدان أخرى تحدد هذا التاريخ بيوم فتح المظاريف وعلى أساس من أى من هذه الأساليب ، يمكن للمتزايدين أن يتعرفوا على الأرضية التى يقفون عليها على وجه التحديد يوم فتح المظاريف .

ومنذ عام ١٩٧١ لم يتجه صندوق النقد الدولى (I M F) إلى التمسك بسعر صرف بعينه . وعلى ذلك فإنه مسموح به فى ظل لوائح هذا الصندوق للعملات جميعاً أن تتداول بحرية . وقد يحدث فى الفترة بين تاريخ فتح المظاريف وارساء العقد تغيير فى مواقف المتزايدين بالنسبة لبعضهم بعضاً نتيجة للتغيرات التى تطرأ على أسعار الصرف العالمية . وقد تعنى هذه التغيرات فروقا مالية ضخمة ، بالنسبة للمشتروات الكبيرة ، أو متى كانت الفترة بين تاريخ فتح المظاريف وارساء العقد

طويلة ، ولذلك فإن بعض المشتريين يجرون المقارنة بين العطاءات على أساس أسعار الصرف السائدة وقت إتخاذ القرار بإرساء العقد على أحد المتزايدين . وتجيز لائحة مناقصات البنك النولى ان يستخدم المقترضين أسعار الصرف السائدة وقت إصدار القرار بإرساء العقد ^(١) .

أما لائحة البنك الآسيوى للتنمية فتسمح للمقترض أن يختار بين استخدام سعر الصرف السائد ثلاثين يوما سابقا على تاريخ إقفال باب المناقصة أو ذلك السائد فى تاريخ إصدار القرار ولكن فى كل الأحوال ، فإن وثائق المناقصة يجب أن تحدد بوضوح القواعد التى سوف تطبق فى هذا المقام . ويجرى بنك أنتر أمريكان للتنمية (أى . دى . بى) على معالجة تتصف بالمرونة فى هذا الشأن ، فهو يقبل بصفة عامة ما يمارسه المقترض ولا يعلى عليه اتباع أسلوب دون الآخر .

على أنه حتى إجراء المقارنة بين العطاءات على أساس سعر الصرف المعلن فى تاريخ القرار لا يساعد فى تحديد أى عطاء سوف يكون أكثر جدوى ، فلما كان العقد لا ينفذ وقت إبرامه ، كما تستحق المدفوعات أثناء التنفيذ فإن سعر الصرف للعطاء المختار قد يلقى التعويم بما فيه الأضرار بالمشتري أو ربما بما فيه صالحه ، وحينئذ قد يكون فى غير صالح البائع .

ومن أجل تحقيق المعاملة العادلة لمقدمى العطاءات جميعا على قدم المساواة فإن وثائق المناقصة يجب أن تحدد بوضوح الاجراء الذى سوف يتبع فى تحويل العروض إلى عملة واحدة مشتركة لأجل المقارنة .

١ - البند ٢ - ٢٤ من هذه اللائحة - راجع ملفنا لائحة مناقصات البنك الدولى - دار النهضة العربية

نسبة ما يدفع من إجمالى السعر

مرحلة العقد	عقد (أ) سلع	عقد (ب) بضائع مصنعة	عقد (ج) معدات ومصانع كبيرة
١ - توقيع العقد (الدفعة المسبقة)			١٠ %
٢ - تسليم ٦٠ % من الخامات والمكونات أو تصنيع ٦٠ % المعدات (مدفوعات تقدم الأعمال المستخلصات)			٥٠ %
٣ - تقديم الفاتورة مع وثائق الشحن	١٠٠ %	٩٠ %	٢٠ %
٤ - فحص البضائع بمعرفة المشتري فى ميناء الشحن		١٠ %	
٥ - تمام التركيب والتشغيل			١٥ %
٦ - انتهاء فترة الضمان وتقديم المشتري شهادة بعدم وجود مطالبات			٥ %

الفصل الثانى

سداد مستحقات بائع المشروع الدولى

نتناول أحكام سداد المستحقات فى عقود تجهيز المشروعات الدولية فى مباحث
ثلاثة .

المبحث الأول : نخصمه لأحكام دفع الثمن فى عقود توريد البضائع .

المبحث الثانى : نخصمه لأحكام دفع الثمن فى عقود الأشغال العامة .

المبحث الثالث : نخصمه لأحكام خطاب الاعتماد المستندى ، وهو الطريقة
المألوفة والأكثر أمانا للدفع فى التجارة الخارجية .

المبحث الأول

دفع الثمن فى عقود توريد البضائع

ان الشروط المتضمنة فى وثائق المناقصة سوف توصل إلى أسعار أفضل لو أنها
كانت جذابة للمتزايدين ، على أن تلك الشروط يجب أيضا أن تكون متفقة مع أصول
الممارسات التجارية . ومن ثم يجب أن تضمن للمورد استيفاء كامل ثمن البضاعة
المباعة ما أن يكون قد أوفى بالتزاماته المبينة فى العقد .

وأى مبلغ نقدى سوف يحتجزه المشتري كضمان للأداء إلى حين الأداء الكامل من
قبل البائع لالتزاماته المتعاقد عليها ، أو فى صورة كفالات ، يجب أن يكون فى أقل
الحدود اللازمة ، إذ سوف تنعكس على السعر المقدم فى العطاء وتزيد التكلفة التى
يتحملها البائع لتوفير هذه الضمانات .

وتتنوع الشروط التى تتضمنها وثائق المناقصات متعلقة بأداء المقابل تبعا لماهى
البضاعة محل التوريد ، وقيمتها ، والمدة المقررة للتسليم وظروف السوق .

وفيما يلى كشف يبين الأوضاع الأساسية لشروط أداء الثمن فى ثلاثة عقود نمطية
هى :

العقد (١)

يتعلق بتوريد بضائع مثل المخصبات والجوت ، والقطن ، والخامات غير
المصنعة أو السابقة على التصنيع مثل الصلب . ويكون العقد فى هذه الحالة أما

فوب F. O. B. أو سيف C. I. F. ويتوقع موردين مثل هذه البضائع أن يؤدي اليهم الثمن كاملا بمجرد أن يقدموا مستندات الشحن . ومن أجل حماية مصالح المشتري يجب عليه أن يتخذ العدة كى يتولى ممثل عنه التفتيش على البضاعة قبل الشحن . ويجب أن تتضمن مستندات الشحن شهادة تفتيش أو معاينة للبضاعة ، بدونها لا يؤدي ثمنها إلى المورد .

وعندما تكون اشتراطات الدفع هذه مطلوبة من قبل حكومة المشتري ، أو يكون التعامل مع مشتري غير عادى ، فإن المورد قد يتطلب أن يكون أداء الثمن ب خطاب اعتماد غير قابل للرجوع فيه ، والغرض الأساسى من ذلك هو أن يضمن المورد الأداء من قبل بنك موثوق فيه لكامل ثمن البضاعة المباعة بمجرد تقديم مستندات الشحن ، وذلك بدلا من التعرض لتأخير فى الدفع محفوف بالخطر ، أو لاخلال مشتري أجنبى بالتزام دفع الثمن .

وإذا كانت البضاعة مغطاة بضمان من منتجها فيجوز للمشتري أن يطالب المورد بأن يقدم له ضمان مصرفى أو بوليصة تأمين لكفالة فعالية التزام المنتج بالضمان .

العقد (ب)

خاص بالبضائع المصنعة مثل عجلات عربات السكك الحديدية ، أو خزانات المياه المصنعة من الصلب . وعادة ما يرغب المشتري أن يجرى تفتيشا أو فحصا أو معاينة أخيرة للبضاعة عند وصولها قبل صرف العشرة فى المائة (١٠ ٪) المحتجزة من الثمن إلى المورد . وفى مثل هذه العقود ، يتطلب المشتري عادة خطاب ضمان من البنك أو وثيقة تأمين لتغطية أى أخلال بالتزامات التعاقد من قبل المورد . والمتبع فى مثل هذه الحالة ، أن تكون خمسة فى المائة (٥ ٪) من قيمة المعدات مناسبة لتغطية ذلك .

أما العقد (ج)

فيتعلق ببيع مصانع أو معدات كبيرة ، يكون تسليمها على فترة تسليم طويلة الأجل . وفى مثل هذه العقود قد يتطلب تحريك مكونات الصفقة وموادها الأولية إلى المشتري تكلفة كبيرة . وفى مثل هذه الحالات ، فإن المشتري يؤدي إلى البائع دفعة مقدمة بما قد يوازى خمسة وعشرين فى المائة (٢٥ ٪) من قيمة العقد عند التوقيع على العقد . على أن المشتري يطلب من البائع خطاب ضمان من البنك بهذه القيمة يكفل عدم تخلفه عن أداء التزامه . ومع استمرار العمل فى ظل هذه العقود ، يمكن أن يتوالى الدفع إلى البائع بحد أقصى خمسين فى المائة من قيمة العقد (٥٠ ٪) بشرط تقديم شهادات تفتيش أو فحص أو معاينة تثبت أن كافة المواد الأولية والمكونات قد جرى تسهيلها ، وأن مستويات الإنتاج أو الصناعة اللائقة قد تحققت .

أما الخطوة التالية من خطوات الدفع فتكون عند تقديم وثائق الشحن وشهادات التفتيش بما يؤكد أن البضاعة قد شحنت ، وفى طريقها إلى المشتري . وفى هذه المرحلة يؤدي إلى البائع جزء جوهرى من باقى الثمن يمكن أن يرقى كما هو مبين بالكشف المرفق إلى عشرين فى المائة (٢٠ ٪) من الثمن ، ليكون ما سدد للبائع مقابل صفقة البيع موازيا لثمانين فى المائة (٨٠ ٪) من الثمن المتفق عليه أما الدفعة التالية فيكون مقدارها خمسة عشر فى المائة (١٥ ٪) من الثمن وتُدفع فى بلد المشتري ، عند وصول البضاعة المشحونة إليها . ويحتجز المشتري خمسة فى المائة (٥ ٪) من الثمن كتأمين يغطى ضمانات البائع للشيء المباع . وقد يلجأ المتعاقدان بدلا من احتجاز المشتري للخمسة فى المائة هذه ، إلى سدادها إلى البائع على أن يقدم بها هذا الأخير خطاب ضمان من أحد البنوك . وهذا الاحتجاز يكون له أهمية حيوية على الأخص بالنسبة لعقود بيع المصانع والمعدات الكبيرة التى تستدعى تحمل بائعها بضمانات أساسية بالأصلح والاحلال فى حالة عوار البضاعة أو تلفها .

وعلى أى حال ، فإن أختلاف الظروف بالنسبة لتنوع المبيعات قد يؤدى بطبيعة الحال ، إلى عديد من التغيرات فى هذه التدابير الميينة لأداء الثمن .

المبحث الثانى دفع الثمن فى عقود الأشغال العامة

المعتاد فى عقود الأشغال العامة ، أن يدفع رب العمل مستحقات المقاول على نحو تدريجى تبعاً لما يتم من انجاز مرحلى للأعمال المتفق على تحقيقها . ومن أجل تنفيذ مشروعات الأعمال المدنية الكبيرة ، يكون على المقاول أن يحرك إلى موقع العمل مهمات ومواد وقوى عاملة . كما يجب عليه أن يدبر خامات حيوية ، مثل الأصلاخ والصيانة ، وتخزين المواد ، وإيواء العاملين والأعاشه والتأمين والأسعافات الأولية وغير ذلك من الخدمات المساعدة . وذلك كله حتى قبل البدء فى عمليات التشييد التى يتطلبها المشروع . وعلى ذلك ، فإن تشهيل رأس المال اللازم هنا أكثر أهمية عما هو عليه الحال بالنسبة لعقود توريد البضائع والمعدات . ومن ثم يكون تقديم دفعات مقدمة من الثمن إلى المقاول أوجب بالاعتبار فى صدد عقود الأعمال المدنية منه فى عقود التوريد المنوه عنها . ويمكن أن نحلل مقومات « الدفعة المقدمة » فى عقود الأشغال المدنية إلى ثلاثة مقومات وذلك تبعاً لما يتكبده المقاول من أعباء فى جلب ما يلزم لتنفيذ الأعمال إلى موقع العمل . فالدفعة المقدمة تغطى (١) مصروفات التشهيل (٢) المعدات ، (٣) المواد المستجلبية إلى موقع العمل . ومصروفات التشهيل تشمل النفقات الأولية للشروع فى الأعمال ، مثل مصروفات تأسيس المكاتب ، والأيواء ، وأعاشه العاملين ، والتأمينات التى تقع على عاتق المقاول قبل إستحقاق أجور الشهر الأول . والدفعة المقدمة مقابل التشهيل تكون عادة من خمسة إلى عشرة فى المائة (من ٥ ٪ إلى ١٥ ٪) من قيمة العقد . وتكون مكفولة بخطاب ضمان من البنك أو ببوليصة تأمين من إحدى شركات التأمين . وفى بعض الأحيان ، تدرج إستقلالاً كبند من بنود التكلفة فى « كشف الكميات » بدلا من أن تدرج فى الوحدة السعرية . وفى هذه

الحالة لا يكون هذا المقابل قابلاً للاسترداد من جانب رب العمل ، وإلا أمكن لهذا الأخير أن يسترده من المدفوعات الدورية الشهرية بعد ذلك .

وبالإضافة إلى الدفعة المسبقة المقدمة لمواجهة تكاليف التشييل أو التعبئة ، فإن العقد يسمح أيضاً بدفعة مسبقة خاصة لقاء آلات المصنع والمعدات المطلوبة إلى الموقع . وهذه الدفعة محددة بما يقرب من ثمانين في المائة (٨٠ ٪) من قيمة هذه الآلات والمعدات أو عشرة في المائة (١٠ ٪) من القيمة الإجمالية للعقد . وتنقل ملكية هذه الأشياء إلى رب العمل كنوع من الضمان . أو قد يتحصل بدلاً من ذلك على ضمانات بنكية .

ويسمح أيضاً بدفعات مسبقة ماثلة بالنسبة للمواد ، مثل الصلب والأسمنت ، التي تجلب إلى الموقع . وإجمالي المدفوعات المسبقة المسموح بها لقاء ذلك تقل عادة عن عشرين في المائة (٢٠ ٪) من قيمة العقد . وهي قابلة للإسترداد من المدفوعات الدورية مقابل شهادات شهرية .

وفي نمط عقود الأشغال المدنية المعروف بعقود قائمة الكميات فإن العقد يجرأ إلى وحدات سعرية وكميات عمل مقدرة لكل بند من بنود الأعمال . ويمضى السداد تبعاً إلى العمل المنجز ، على ما يقيسه المهندس الاستشاري . وفي نهاية كل شهر يعد المقاول فاتورة تراجع وتعتمد من المهندس الاستشاري الذي يرفع الفاتورة المعتمدة منه إلى المالك كي يتولى سدادها . ويسترد المالك ما أداء من مدفوعات مسبقة بخضم قيمتها من المدفوعات الشهرية الدورية . وتبدأ هذه الخصومات في حق المقاول عندما يكون قد تلقى على الأقل عشرين في المائة (٢٠ ٪) من قيمة العقد . ويتحقق إسترجاع المالك للقيمة الكاملة للمدفوعات المسبقة عندما يكون قد دفع ثمانين في المائة (٨٠ ٪) أو تسعين في المائة (٩٠ ٪) من قيمة العقد إلى المقاول .

ويجرى المالك احتجاز مبلغ يعادل خمسة فى المائة (٥ ٪) تقريباً من قيمة كل فاتورة ، كضمان ضد مطالبات محتملة يكون منشؤها عيوب لحقت بالأعمال . وفى عقود الإنشاءات الكبيرة ، تبدأ مثل هذه الاحتجازات بنسبة عشرة فى المائة (١٠ ٪) من قيمة الفاتورة الشهرية فى المراحل الأولى للأعمال ، ثم تتناقص إلى خمسة فى المائة (٥ ٪) عند إقتراب العقد من نهايته . ويظل المالك محتفظاً بهذه المحتجزات إلى أن تنتضى فترة الصيانة ، أو قد يستعيز المالك عن ذلك بضمانة مصرفية (خطاب ضمان) أو بوليصة تأمين يقدمها له المقاول لضمان أداء الالتزام بصيانة الأعمال التى نفذها .

المبحث الثالث خطاب الاعتماد المستندى

تأهيد :

أن الطريقة المألوفة للدفع عند توريد البضائع فى التجارة الدولية هى « خطاب الاعتماد المستندى » كما يعتبر خطاب الاعتماد المستندى أيضاً أكثر طرق التمويل إحصاءً فى مجال عمليات التصدير الحديثة . وقد لقي لإعتماد المستندى اهتمام غرفة التجارة الدولية International Chamber of Commerce فاعدت تنظيمياً له بعنوان « الأعراف والممارسات الموحدة للإعتمادات المستندية (Uniform Customs and Practice of Documentary Credits) » وقد أعتبرت هذه الوثيقة تقنياً واجب الاتباع من أوساط البنوك فى العالم .

وقد أعدت غرفة التجارة الدولية I C C بباريس هذه الوثيقة . وإذاعتها بنشرتها أو مطبوعها رقم ٤٠٠ وهو نص معاد صياغته عام ١٩٨٣ وحل محل الصياغة السابقة عليه والتى كان معمولاً بها من قبل منذ أول أكتوبر ١٩٧٥ وقد عمل بالنشرة رقم ٤٠٠ فى معاملات التجارة الدولية اعتباراً من أول أكتوبر ١٩٨٤ . وقد تضمنت هذه الوثيقة خمسة وخمسين مادة . ونصت فى المادة (١) منها على أن تطبق موادها « على

كافة الإعتمادات المستندية ، بما فى ذلك خطابات إعتمادات المساندة * بقدر ما تسمح به من تطبيق ، وتكون ملزمة لجميع الأطراف المعنية ، مالم يتفق على غير ذلك صراحة . وتكون هذه المواد جزءاً مكملاً لكل اعتماد مادام ينص فيه على أن يخضع للأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية المعاد صياغتها عام ١٩٨٣ نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٠٠ .

وكما درجت عليه غرفة التجارة الدولية منذ أن تناولت هذا الموضوع الحيوى منذ صدور أول مجموعة لهذه الأصول والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية عام ١٩٢٣ ، فقد عكفت منذ منتصف عام ١٩٩٣ على مراجعة هذه الأصول والأعراف وأعدت صياغة جديدة لها ، صدرت بالوثيقة أو الكتيب رقم ٥٠٠ وقد تضمنت تسعة وأربعين مادة وعمل بأحكامها منذ بداية عام ١٩٩٤ . وقد نص فى المادة الأولى منها تحت عنوان « نطاق تطبيق القواعد والأعراف الموحدة » على أن « تطبق القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية - تعديل عام ١٩٩٣ نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٥٠٠ - على كافة الإعتمادات المستندية (بما فى ذلك خطابات الاعتماد الإحتياطية) (٥) مادام أن تلك القواعد والأعراف المذكورة فى نص الاعتماد . وهى ملزمة للأطراف فيها ما لم يشترط على خلاف ذلك فى الاعتماد » .

هل الغيت النشرة ٤٠٠ بصودور النشرة ٥٠٠ ؟

ويجدر أن ننبه فى هذا المقام أن هذه المادة الواردة فى النشرة رقم ٥٠٠ لغرفة التجارة الدولية لم ترق إلى حد الغاء القواعد الواردة بشأن الإعتمادات المستندية فى نشرتها رقم ٤٠٠ السابقة ، فهذه القواعد لازالت سارية جنباً إلى جنب مع القواعد التى أوردتها النشرة رقم ٥٠٠ وليس ثمة ما يمنع من اللجوء إلى الأحكام الواردة فى النشرة رقم ٤٠٠ والنص على تطبيقها فى شأن أى اعتماد مستندى صادر فى ظل النشرة رقم ٥٠٠ ومن ثم فهناك ثلاثة فروض بشأن استخدام القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية الصادرة بالنشرة رقم ٤٠٠ إعتباراً من أول يناير ١٩٩٤ تاريخ العمل بالنشرة رقم ٥٠٠

(٥) راجع هامش ص ٢٩

الفرض الأول : ان ينص فى عقد الإعتماد المستندى صراحة على تطبيق النشرة رقم ٤٠٠ . وعندئذ يكون التطبيق للقواعد الواردة بهذه النشرة دون القواعد الواردة فى النشرة رقم ٥٠٠

الفرض الثانى : ان ينص فى عقد الإعتماد المستندى على تطبيق القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية دون تحديد رقم الوثيقة المقصود تطبيقها وعندئذ يكون التطبيق لأحكام الوثيقة رقم ٥٠٠

الفرض الثالث : ان ينص فى عقد الإعتماد المستندى على إستخدام القواعد والأعراف الموحدة المنصوص عليها فى الوثيقة رقم ٥٠٠ وعندئذ يكون التطبيق أيضاً لهذه الوثيقة دون الوثيقة رقم ٤٠٠

ومفاد ما تقدم إنه على الرغم من أن عبارة المادة (١) من النشرة رقم ٥٠٠ المعمول بها إعتباراً من أول يناير ١٩٩٤ لم تأت صريحة بالغاء الأحكام التى تضمنتها الوثيقة رقم ٤٠٠ إلا أن أحكام هذه الوثيقة لا تسرى إعتباراً من أول يناير ١٩٩٤ سوى على الإعتماد المستندى الذى ينص فيه صراحة على استخدام الوثيقة رقم ٤٠٠ بشأنه .

ولهذه فعلى الرغم من أن عدم ورود النص فى الإعتماد المستندى المفتوح بعد أول يناير ١٩٩٤ على أى الوثيقتين يصير تطبيقها على الإعتماد ، يقيم قرينة على أن المستهدف هو تطبيق أحكام الوثيقة رقم ٥٠٠ إلا أنه من حق البنك الفاتح للإعتماد أن يستوضح عميله عن أى الوثيقتين يقصد إستخدامها : هل هى الوثيقة رقم ٥٠٠ أم الوثيقة رقم ٤٠٠ منعاً لكل لبس أو خطأ .

وعلى أى حال ، فسوف تكون اشاراتنا بشأن القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية فى دراستنا الحالية إلى ما تضمنته النشرة رقم ٥٠٠ من أحكام ما لم ترد إشارة صريحة فى سياق الحديث إلى غير ذلك .

وعلى أى حال ، فليس المستهدف بهذه الصفحات تقديم دراسة شاملة لموضوع « الإعتمادات المستندية » ولا « للقواعد والأعراف الموحدة » بشأنها . بل المقصود فحسب إعطاء القارئ إطاراً عاماً لهذا الموضوع بما يتسع به المقام فى هذا الكتاب .

الطبيعة القانونية للقواعد والأعراف الموحدة :

ويتأمل الطبيعة القانونية « للقواعد والأعراف الموحدة » يجدر أن ننسبه إلى ما يأتى :

أ : أن غرفة التجارة الدولية ببائيس إنما هى هيئة خاصة ذات طابع دولى ، أو بعبارة أخرى ليست من أشخاص القانون الدولى العام . وعلى ذلك فإن غرفة التجارة الدولية عندما تصدر وثيقة تتضمن أحكاماً قانونية فإن هذه الوثيقة تختلف إختلافاً جذرياً عن الوثائق التى تصدرها هيئة الأمم المتحدة وفروعها . فهذه الوثائق التى تصدرها الأمم المتحدة إنما تصدر فى صورة معاهدة أو إتفاقية دولية تلتزم بها الدول الموقعة عليها أما غرفة التجارة الدولية ببائيس فباعتبارها ليست جهة من جهات هيئة الأمم المتحدة أو فروعها فإن ما تصدره من وثائق مثل وثيقة « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » لا تعتبر إتفاقية أو معاهدة ولا تستمد قوتها الملزمة من اعتبارها كذلك ، بل تستمد قوتها الملزمة من الإتفاق أو العقد الذى يدرج فيه الأطراف المعنيون بالتزامهم بأحكامها وتعهدهم بالتزامها . وعلى ذلك أيضاً ، فإن القوة الملزمة لمثل هذه القواعد تكون قاصرة على الأطراف المتعاقدة التى أرتضت الالتزام بها ، ولا تمتد القوة الملزمة لهذه القواعد والأعراف إلى غيرهم . كما أن تلك القواعد لا تلقى التطبيق حتى بين أطراف العقد إذا لم يشر فيه إلى ذلك ، بل ويكون التطبيق أيضاً فى حدود ما أنصرفت إليه إرادة المتعاقدين فحسب .

٣ : إذا حدث تعارض بين حكم من الأحكام الواردة فى وثيقة « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » عند الإشارة إلى هذا الحكم فى خطاب الإعتماد وبين حكم وارد فى قانون وطنى محلى فأحد فرضين :

الفرض الأول : إذا كان التعارض بين حكم من هذه الأحكام ورد فى خطاب الإعتماد المستندى ، وبين قاعدة أمرة من قواعد النظام العام فى القانون الوطنى المحلى ، وجب إعلاء قاعدة القانون الوطنى المحلى هذه على قاعدة الأعراف الموحدة المدرجة فى عقد الإعتماد المستندى . لأن قواعد النظام العام* فى القانون المحلى لا يجوز مخالفتها بقواعد إتفاقية واردة فى عقد من العقود .

الفرض الثانى : أن تكون قاعدة القانون الوطنى المحلى التى يخالفها ما أورده عقد فتح الإعتماد المستندى من أحكام مجموعة غرفة التجارة الدولية للقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية مجرد قاعدة مفسرة أو مكملة ** اعتبرت أحكام مجموعة القواعد والأعراف الموحدة لغرفة التجارة الدولية هى الواجبة التطبيق فى العلاقة التعاقدية بشأن الإعتماد المستندى التى أدرج بها النص على الالتزام بتلك القواعد والأعراف أو الإحالة إليها ، فالعقد كما هو مقرر شريعة المتعاقدين بما لا يتعارض مع القواعد القانونية الأمرة ، أو بعبارة أخرى فى إطار النظام العام والآداب فى الدولة التى يكون قانونها واجب التطبيق على العلاقة التعاقدية المطروحة ** .

(*) راجع فى هذا المادة ١٤٧ (١) من القانون المدنى المصرى . كما نصت فى هذا المقام المادتان ١٢٤ و ١٢٥ من ذات القانون على بطلان العقد إذا كان محله أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

(**) ليس يلزم على أى حال أن تكون قاعدة النظام العام أو الآداب ثابتة بنص تشريعى مكتوب بل قد تستمد من الأوضاع الدستورية والاجتماعية والأعراف العامة المستقرة فى بلد من البلاد بحيث لا يجوز الخروج عليها .

ومن قواعد النظام العام فى الدولة نظامها النقدي وما يفرضه من قيود رقابية على تحويل النقد والتعامل فيه . ويشير الشراح فى هذا المقام (الدكتور محى الدين علم الدين - الأهرام الإقتصادى - ٢١ يناير ١٩٩٤) إلى قضايا عرضت أمام محاكم بعض الدول تعلقت بإستخدام الإعتمادات المستندية لتحويل الأموال إلى الخارج وذلك بتقديم فواتير ضمن المستندات تقر فيها قيمة البضاعة بكثير من قيمتها والفرق يودعه المستفيد لحساب الأمر فى دولة أخرى غير دولة هذا الأخير . ويعتبر هذا تهريباً مستتراً فى صورة سداد ثمن بضاعة صورية . وقد حكم القضاء فى تلك الدول بإبطال هذه التصرفات لمخالفتها للنظام العام .

أولاً : تعريف الاعتماد المستندي :

تصدت المادة الثانية من الوثيقة رقم ٥٠٠ لتعريف الاعتماد المستندي فلو وضحت أن الإعتمادات المستندية * سوف تعنى فى تطبيق أحكام الوثيقة كل تدبير - أيا ما كان ما يطلق عليه من تسمية أو وصف - يتعهد بموجبه « البنك المنشئ » ** نزولاً على طلب عميله وبناءً على تعليماته إليه ، أو إعتماداً على نفسه بأن (١) يدفع إلى أو لمر طرف ثالث « المستفيد » أو يقبل للدفع كمبيالات (مسحويات) صادرة عن المستفيد ، أو (٢) يفوض بنكاً آخر بأن يتولى هذا الدفع ، أو يقبل للدفع هذه الكمبيالات (المسحويات) ، أو (٢) يفوض بنكاً آخر فى تداولها .

وذلك كله وفقاً لما اشترطت من مستندات ، ومراعاة أن تكون شروط وأوضاع « الاعتماد » قد استوفيت .

تعليمات إصدار أو تعديل الاعتماد :

وقد استرعت المادة (٥) من الوثيقة ٥٠٠ انتباه مستخدمي القواعد والأعراف الموحدة إلى : (١) أن يتوخوا فيما يصدرونه من تعليمات بفتح الإعتمادات أو بتعديلها ، أن تأتى هذه التعليمات والإعتمادات ذاتها بقيقة ومستوفاة منعاً لكل لبس أو سوء فهم قد يثور بشأنها . وتحبذ المادة (٥) المذكورة لهذا الغرض أيضاً ألا تشجع البنوك أية محاولة (أ) أدراج تفاصيل زائدة عن الحاجة فى الإعتماد أو فى أى تعديل له ، (ب) إعطاء تعليمات لإصدار أو إبلاغ أو تعزيز إعتماد مستندي بالإحالة إلى إعتماد مماثل أو مشابه سبق فتحه ، إذا كان الإعتماد السابق فتحه محلاً لتعديلات جائز قبولها أو رفضها . (٢) أن يذكروا فى كل تعليمات بفتح أو تعديل اعتماد ، وكذلك فى

(٥) وايضاً خطابات الإعتماد الاحتياطية أو الضامنة وهو ما يسمى أيضاً خطابات إعتمادات المساندة Standby letters of credit .

(**) فاتح الإعتماد .

الصياغة ذاتها للاعتماد أو تعويله على وجه التحديد المستندات التي يتم مقابلها الدفع أو القبول أو التتوال .

ولا يفرض نص المادة (٥) هذا أى التزام واجب الإلتباع من جانب البنوك ، بل هو يتضمن مجرد توجيهات لضمان حسن العمل بالإعتمادات المستندية ومن ثم لاجزاء على مخالفة هذه التوجيهات وخروج البنك عليها ، أما فيما يتعلق بتحديد المستندات التي يتم الحصول على قيمة الإعتماد بتقديمها ، فلا جزاء على مخالفتها أيضاً ويمكن أن يكتفى عندئذ بتقديم المستفيد للفاتورة وسند الشحن . كما يقدم بوليصة التأمين إذا ثبت التزامه إتفاقاً أو قانوناً بتقديمها .

اطراف الإعتماد المستندى :

تفترض عملية الإعتماد المستندى ثلاثة أطراف على الأقل . ويمكن أن يوجد طرف فى العملية يتمثل عادة فى بنك من البنوك يكون مراسلاً ، أو فى بعض الأحيان مصدقاً على تصرف البنك المصدر أو المنشئ للإعتماد . والبنوك المراسلة أو المصدقة توجد عادة فى البلد الذى يتبعه البائع .

ومن الجدير بالذكر فى هذا المقام أن المادة (٢) من نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٥٠٠ قد جاءت بحكم مستحدث مؤداه أنه لأغراض العمل بأحكام تلك النشرة يعتبر فرع البنك فى بلد آخر غير البلد الذى يوجد به مقره الرئيسى بنكاً آخر .

ثانياً : أنواع الإعتمادات المستندية :

هناك عدة أنواع من الإعتمادات المستندية ، ويمكن إجراء عدة تصنيفات لها ، ولكنها تنطوى فى جوهرها على تصرفات مماثلة . وفى جميع الحالات ، يتعهد البنك المصدر لخطاب الإعتماد أن يعتد بالكمبيالات المستحقة للبائع التى سحبها المشتري

على البنك المذكور ، متى استوفيت بعض الشروط من قبل البائع . ويتمثل هذه الشروط في تقديمه المستندات المشترط تقديمها ، وهي بصفة عامة المستندات الناقلة للملكية البضاعة المباعة لحساب البنك .

وفي مقابل إصدار الإعتدال ، يتلقى البنك من المشتري عمولة . كما يتلقى إيداعاً يتمثل في مبلغ يكفى لتمويل الضمان المصرفى الذى يغطى التزام المشتري بأداء مقابل قيمة ما اشتراه . وعند إصدار الإعتدال المذكور يقوم البنك بإخطار بائع البضاعة بأن ثمة إعتدالاً فتح لحسابه . ويوضح البنك فى إخطارة للبائع قيمة الإعتدال المستندى المفتوح ، ومدة سريانه ، وسائر شروطه وأوضاعه . ويجعل هذا الإخطار من بائع البضاعة طرفاً ثالثاً « مستفيداً » من عقد إصدار الإعتدال .

والشائع أن تقسم خطابات الإعتدال المستندية إلى : (أ) خطابات إعتدال قابلة للتجزئة وأخرى غير قابلة للتجزئة (ب) خطابات إعتدال قابلة للتحويل وأخرى غير قابلة للتحويل (ج) خطابات إعتدال قابلة للتجديد وأخرى غير قابلة للتجديد (د) خطابات إعتدال محلية وأخرى أجنبية (هـ) خطابات إعتدال قابلة للعدول عنها وخطابات إعتدال غير قابلة للعدول (و) خطابات إعتدال معززة وخطابات إعتدال غير معززة .

والفرق بين خطابات الإعتدال القابلة للعدول عنها وخطابات الإعتدال غير القابلة للعدول ، وكذلك الفرق بين خطابات الضمان المعززة وخطاب الضمان غير المعززة على جانب كبير من الأهمية ، ولهذا سنعرض لهذه الفروق بالتفصيل فيما يلى .

أ - الإعتدال القابل للعدول عنه :

يتضمن الإعتدال القابل للعدول عنه التزاماً غير مطلق من قبل البنك بالدفع عند تقديم المستندات ، فإذا أصدر المشتري تعليماته إلى البنك بإلغاء الإعتدال قبل أن يتقدم

إليه البائع بالمستندات ، فلن يكون للبائع أى حق فى الرجوع على البنك بمقولة الأخلال بعقد الاعتماد . وقد ذهب البعض إزاء ذلك إلى القول بأنه لن يكون على البنك فى هذه الحالة حتى الإلتزام بأن يخطر المستفيد بأن الإعتقاد قد الغى أو عدل عنه .

ومن ثم لا يوفر الإعتقاد القابل للإلغاء من جانب مصدره نوع الإلتزام الذى وجد الإعتقاد المستندى أصلاً لتوفيره للبائع ، ألا وهو نقل الإلتزام بأداء الثمن من على عاتق المشتري إلى بنك أو مؤسسة مالية تتمتع بالثقة المالية . وهذه النتيجة الائتمانية لا يتأتى تحقيقها إلا بواسطة إعتقاد مستندى نهائى أى غير قابل للنقض أو الإلغاء . Irrevocable .

وتنص الفقرة (أ) من المادة ٨ من الوثيقة ٥٠٠ على أن من حق البنك فاتح الإعتقاد القابل للإلغاء الغاء أو تعديله فى أى وقت ، وبغير إخطار مسبق للمستفيد بذلك * وهذا الحق مقرر أيضاً للأمر بفتح الإعتقاد القابل للإلغاء بطبيعة الحال . وإذا كان نص الفقرة (أ) من المادة ٨ من الوثيقة رقم ٥٠٠ لم يذكر ذلك ، فلأن البنك لا يلغى عادة هذا الإعتقاد إلا بناءً على طلب الأمر ، فالنص على أن للبنك مثل هذا الحق فى الإلغاء هو إقراراف ضمنى بذات الحق للأمر أيضاً .

وفى حالة الحصول على اعتماد مستندى غير قابل للعدول عنه يكون البائع قد تخلّص من كافة المخاوف التى قد تثار بصدد أمانة المشتري أو يساره أو جديته .

(هـ) ومع ذلك فقد نصت الفقرة (ب) من المادة ٨ المذكورة على أن البنك فاتح الإعتقاد يجب عليه على رغم أن الإعتقاد قابل للإلغاء :

١ - أن يدفع للبنك الآخر (الذى كان الإعتقاد القابل للإلغايخوله الدفع بالإطلاع أو القبول أو التداول) المدفوعات التى قام بها قبل أن يتسلم اشعار الغاء أو تعديل الإعتقاد متى كان الدفع من جانب البنك الآخر مقابل المستندات التى تبو فى ظاهرها مطابقة لنص الإعتقاد وشروطه .

٢ - أن يدفع للبنك الآخر (الذى كان الإعتقاد القابل للإلغاء قابلاً للاستفادة منه لديه بالدفع المؤجل) إذا كان ذلك البنك قبل أن يتسلم اشعار الغاء أو تعديل الإعتقاد قد تلقى مستندات تبو فى ظاهرها موافقة لنص الإعتقاد وشروطه .

ولهذا فإن الفرق بين إعتداع مستندى قابل للعدول عنه وأخر غير قابل للعدول عنه هو فرق على غاية من الأهمية ، ومن ثم يجب أن يحدد بعبارة واضحة لالبس فيها أى نوع من الإعتداعات المستندية قصد أن يصدرها المشتري لصالح البائع ؛ ويجب أن يعنى البنك فاتح الإعتداع بالتحقق من طبيعة هذا الإعتداع .

وعلى هذا نصت المادة ٦ من الوثيقة رقم ٥٠٠ (ومن قبلها المادة ٧ من الوثيقة ٤٠٠) فبعد أن أوضحت (أ) إن الإعتداع إما أن يكون إعتداعاً قابلاً للإلغاء أو إعتداعاً غير قابل للإلغاء ، استطردت المادة المذكورة تقول أنه (ب) يجب لذلك أن يوضح الإعتداع ما إذا كان قابلاً أو غير قابل للإلغاء .

ومن ثم يجب أن يتحقق البنك فاتح الإعتداع من طبيعة هذا الإعتداع ، وهل هو قابل للإلغاء أم لا ، وإن يوضح ذلك بجلاء فى الإعتداع . ولكن ما الحكم إذا سكت الإعتداع المفتوح عن الأوصاح بهذا الشأن ؟

إنه نظراً لقلة الفائدة التى يوفرها الإعتداع المستندى القابل للعدول عنه ، وقلة الإلتجاء اليه فى العمل ، فإنه فى حالة عدم النص على ذلك فى الأوراق ، فإنه يفترض أن المتعاقدين قد قصدا ضمناً أن يكون خطاب الإعتداع المقدم من المشتري لصالح البائع إعتداعاً نهائياً غير قابل للعدول عنه .

وعلى هذا نصت المادة ٦ من الوثيقة رقم ٥٠٠ فبعد أن أوضحت فى الفقرة (أ) منه أن الإعتداع إما أن يكون إعتداعاً قابلاً للإلغاء أو إعتداعاً غير قابل للإلغاء ، أوجبت لذلك فى الفقرة (ب) أن يوضح الإعتداع ما إذا كان قابلاً أو غير قابل للإلغاء ، كما سبق أن رأينا ، قررت هذه المادة فى الفقرة (ج) أنه عند عدم ورود هذا التحديد وغياب النص عليه يعتبر الإعتداع غير قابل للإلغاء .

وقد كانت المادة ٧ من الوثيقة رقم ٤٠٠ للقواعد والأعراف الموحدة تأخذ بغير ذلك وتنص على أن كل إعتداع يجب أن يحدد بوضوح ما إذا كان قابلاً للعدول عنه

أو غير قابل لذلك . وفى حالة غياب مثل هذا التحديد ، فإن الإعتماد يعتبر أنه قابل للعدول عنه * .

ب - الإعتماد القطعى أو غير القابل للعدول عنه :

الإعتماد غير القابل للعدول عنه ، وفقاً لأحكام القواعد والأعراف الموحدة ، هو إصدار البنك تعهداً يلتزم فيه قبل المستفيد (متى قام هذا الأخير بالوفاء بكل ما ألزمه به العقد المبرم بينه وبين المشتري الأمر بفتح الإعتماد) بتنفيذ الأحكام الخاصة بالدفع أو القبول أو التمويل التى تضمنها خطاب الإعتماد .

ولهذا ، فإن خطاب الإعتماد غير القابل للعدول عنه هو تعهد مستقل من جانب البنك الذى لن يعطى من التزامه لى تسوية جانبية بين البائع والمشتري . فلا يجوز للبنك أن يحتج مثلاً قبل البائع بأن الثمن الذى فتح الإعتماد غير القابل للعدول عنه من أجل ضمان الوفاء به ، قد سدد للبائع كله أو جزء منه . وتمثل السمة المميزة لهذه الوسيلة من وسائل الدفع فى أن المستفيد ، أى البائع أو المصدر للبضائع ، بإمكانه أن يرجع على البنك بما التزم به مشتري البضاعة قبله . ومن ثم يصبح البنك مسئولاً مباشرة أمام المستفيد عما كان يمكن للبائع اقتضاؤه من المشتري .

(هـ) ويؤيد جمهرة الشراح الرأى الذى كانت تلخذه به الوثيقة ٤٠٠ للقواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية . ومن هؤلاء فى الفقه المصرى الأستاذ الدكتور محى الدين علم الدين (تطوير القواعد والمعادات الموحدة للإعتمادات المستندية - الأهرام الإقتصادية - ٣١ يناير ١٩٩٤) ويرى « أن القاعدة القديمة أكثر إنسجاماً مع الأحكام القانونية ، لأن الشك يفسر أصلاً لمصلحة المدين . فإذا ثار الشك حول كونه التزم أم لم يلتزم وجب اعتباره غير ملتزم . ويستثنى من ذلك القبول فى عقود الأذعان فإن الشك فيه يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائماً دائماً كان أو مديناً » ويضيف أن « المستفيد فى الإهتمام المستندى ليس قابلاً فى عقد إذعان حتى يفسر الشك لمصلحته . ومن المعلوم أن أغلب المستفيدين من الإعتمادات المستندية هم من العالم الغربى ، وهذه القاعدة جاءت لمصلحتهم خلافاً للقواعد العامة فى القانون » .

ويحسب أحكام المادة ٩ من « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية »
(نشرة غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٥٠٠) فإن الإعتماد القطعى غير القابل
للإلغاء يشكل تعهداً نهائياً لا رجوع فيه على عاتق البنك فاتح الإعتماد ، بشرط أن
تكون المستندات المستلزم تقديمها بالإعتماد قد قدمت إلى البنك فاتح الإعتماد أو إلى
بنك معين لذلك nominated bank وكانت نصوص وينود الإعتماد قد روعيت .

ويتخذ تنفيذ التعهد النهائى المذكور على عاتق البنك فاتح الإعتماد ما يأتى من
الصور :

١ - إذا كان الإعتماد ينص على الدفع لدى الإطلاع sight payment ، يكون
الدفع لدى الإطلاع .

٢ - إذا كان الإعتماد ينص على الدفع المؤجل deferred payment ، يكون
الدفع فى ميعاد الإستحقاق الذى تحدده شروط الإعتماد .

٣ - إذا كان الإعتماد ينص على القبول acceptance ، فاما أن يكون ذلك
بواسطة البنك فاتح الإعتماد ، أو بواسطة بنك آخر مسحوب عليه .

(أ) فإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة البنك فاتح الإعتماد ، يكون
على هذا البنك أن يقبل الكمبيالات المسحوبة عليه بواسطة المستفيد ، ويدفع
قيمتها فى تاريخ الإستحقاق .

(ب) وإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة بنك آخر ، يكون على البنك
فاتح الإعتماد أن يقبل ويدفع فى تاريخ الإستحقاق الكمبيالات التى يسحبها
المستفيد على البنك فاتح الإعتماد فى حالة عدم قبول البنك المعين فى
الإعتماد لهذه المسحوبات أو فى حالة قبولها دون دفعها فى تاريخ
الإستحقاق .

٤ - إذا كان الإعتماد ينص على التداول negotiation يكون دفع مسحوبات المستفيد و/أو المستندات المقدمة على حساب الإعتماد ، دون الرجوع على الساحبين للكمبيالات و/أو الحاملين لها حسنى النية .

ويعد أن سجلت المادة ٩ (أ) من القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية (النشرة ٥٠٠) هذه الأحكام بشأن أداء الإعتمادات القطعية ، مضت المادة (١٠) من تلك القواعد إلى إيضاح الآتى :

١ - يجب أن يبين فى كل ما يصدر من إعتمادات مستندية صراحة ما إذا كان الإعتماد يتيح توفر الدفع بالإطلاع أو بعد أجل أو بالقبول أو التداول .

٢ - مالم ينص الإعتماد الصادر على أنه قابل للإستفادة منه فقط لدى البنك المنشئ ، فإن على الإعتماد أن يصدر مبيناً فى شرطه البنك المرخص له بالدفع عند الإطلاع ، أو تحمل الالتزام مؤجل الدفع ، أو قبول ، أو تداول مسحوبات ومستندات . ويسمى مثل هذا البنك الذى يحدده خطاب الإعتماد الصادر « البنك المعين » nominated bank .

وفى الإعتمادات التى توفر التداول مع أى بنك يعتبر كل بنك من البنوك « بنكاً معيناً » .

٣ - تقدم المستندات للبنك فاتح الإعتماد ، أو للبنك معزز الإعتماد إن وجد ، أو لأى بنك معين آخر .

٤ - يعنى التداول سداد قيمة الكمبيالات أو المستندات بمعرفة البنك المرخص له بذلك أما مجرد فحص المستندات دون سداد القيمة فلا يعتبر تداولاً .

ومن ثم فقد فرقت الوثيقة رقم ٥٠٠ بين مجرد فحص المستندات وبين تداولها . واعتبرت أن مجرد فحص المستندات لإرسالها إلى بنك يقوم بالدفع لا يعتبر تداولاً لها . وأن تداول المستندات يقصد به على وجه التحديد أداء قيمتها . على إنه ولئن كان التداول يستلزم بالضرورة الفحص ، إلا أن التداول شيء والفحص شيء آخر . ولا يعتبر مجرد الفحص تداولاً ، فقد لا يكون البنك الفاحص للمستندات ملزماً بدفع قيمتها . ومن ثم وجب على البنك غير الملتزم بالدفع أن يفصح عند إستلام المستندات إنه يتسلمها دون التزام بالدفع أو القبول أو التداول .

٥ - ما لم يكن البنك المعين هو البنك معزز الإعتماد فإن مجرد تعيين البنك المنشئ للبنك المعين لا يشكل أى تعهد على هذا البنك الأخير بأن يدفع بالإطلاع أو عند حلول ميعاد الإستحقاق ، أو يقبل أو يتداول المستندات ؛ وإنما التزام البنك المعين بذلك يكون إذ قبل صراحة أخذ هذا الإلتزام على عاتقه ، وخطر المستفيد بذلك . وكما سبق أن أوضحنا فإن مجرد إستلام البنك المعين للمستندات أو فحصها لا يشكل التزاماً على هذا البنك بالدفع أو تعهداً بالدفع لأجل أو بالقبول أو التداول .

٦ - أن تعيين أو تسمية بنك أو السماح له بالتداول ، أو تفويضه بإضافة تعزيزه للإعتماد يعد تفويضاً من البنك المنشئ إلى هذا البنك بالدفع أو القبول أو التداول بحسب الأحوال مقابل مستندات تبدو في ظاهرها موافقة لشروط الإعتماد ونصوصه * ، ويعد ذلك تعهداً من البنك المنشئ برد ما أداه ذلك البنك الآخر من مدفوعات .

(*) وليس يلزم أن تكون المطابقة في هذا المقام حرفية ، ولهذا استخدم نص المادة ١٠ من القواعد والأعراف الموحدة عبارة *in compliance with* بدلاً من عبارة *in accordance with* ومن ثم يكفي التوافق والإمتثال لروح الإعتماد . وللبنك أن يرجع إلى عميله في شأن أى اختلاف يعرض في هذا الصدد .

د - الإعتمادات المعززة :

لا يجوز الخلط بين « الإعتماد المعزز » و « الإعتماد القطعى » فإن تعزيز الإعتماد أو تأييده ينصرف معناه إلى ما هو مختلف عما يقصد بقطعية الإعتماد أو عدم قابلية للعدول عنه . فإن « تعزيز الإعتماد » يقصد به إدخال بنك آخر فى العملية . وعادة ما يكون البنك المدخل مراسلاً للبنك فاتح الإعتماد ، يقع مركزه فى البلد الذى تقدم فيه المستندات للحصول . وعندما يعزز هذا البنك الآخر الإعتماد القطعى ، فإنه يأخذ على عاتقه التزاماً قبل البائع معادلاً للإلتزام الذى أخذه البنك الفاتح للإعتماد على عاتقه من قبل . وفى هذه الحالة يكون الإعتماد « قطعياً » و « معززاً » . ومن ثم يوفر ذلك ضماناً إضافياً للبائع .

وقد نصت المادة (٩) من « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » على أن تعزيز أو تأييد الإعتماد غير القابل للإلغاء من جانب بنك آخر (البنك المعزز أو المؤيد) يطلب منه البنك المنشئ (الفاتح للإعتماد) ذلك التعزيز (أو التأييد) يشكل تعهداً نهائياً أكيداً من البنك المعزز ، يضاف إلى تعهد البنك المنشئ ، بشرط تقديم المستندات المشترطة إلى البنك المؤيد ، أو إلى أى بنك آخر يُعَيَّن لذلك ، وأن تكون نصوص وشروط الإعتماد قد روعيت .

فإذا كان الإعتماد ينص على الدفع لدى الإطلاع فإن الدفع يتم لدى الإطلاع ، وإذا كان الإعتماد ينص على الدفع المؤجل فإن الدفع يتم فى تاريخ أو تواريخ الإستحقاق التى تتحدد طبقاً لما هو مشترط فى الإعتماد ، وإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة البنك المؤيد يتم قبول الكمبيالات المسحوبة بواسطة المستفيد على البنك المؤيد ، ويدفع هذا البنك قيمتها عند الإستحقاق . فإذا كان الإعتماد ينص على القبول بواسطة بنك آخر مسحوب عليه ، فإن القبول والدفع يتم عند استحقاق

الكمبيالات المسحوبة بواسطة المستفيد على البنك المؤيد ، فى حالة ما إذا لم يقيم البنك المسحوب عليه الآخر المشتراط فى الإعتماد بقبول الكمبيالات المسحوبة عليه ، أو بدفع قيمة الكمبيالات المقبولة بواسطة هذا البنك الآخر فى تاريخ الإستحقاق . فإذا كان الإعتماد ينص على تداول الكمبيالات المسحوبة بواسطة المستفيد و / أو المستندات المقدمة بموجب الإعتماد بدون رجوع على الساحبين أو الحاملين حسنى النية .

وقد نصت المادة ٩ من القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية أيضاً على أنه :

١ - إذا طلب البنك المنشىء من بنك آخر أن يضيف تأييده إلى إعتماد ، أو بعبارة أخرى إذا طلب منه أن يعزز إعتماداً مفتوحاً ، فعلى البنك المطلوب منه التأييد أو التعزيز إذا كان على غير استعداد لتقديم ذلك التأييد أو التعزيز أن يخطر البنك المنشىء بذلك دون تأخير .

٢ - إذا وجد بنك معزز فى علاقة الإعتماد المستندى ، فإنه لا يجوز تعديل الإعتماد غير القابل للإلغاء أو الفاؤه إلا بموافقة البنك المنشىء والبنك المعزز والمستفيد * .

٣ - إذا مد البنك المعزز تأييده إلى التعديل الذى طلبه البنك المنشىء ، فإن البنك المعزز يضحى ملتزماً بالتعديل الذى وافق عليه التزاماً غير قابل للنقض من وقت الإخطار الصادر منه بمد تعزيزه إلى التعديل . أما البنك المنشىء فيكون ملتزماً بالتزاماً غير قابل للنقض بالتعديل الصادر عنه من وقت إصداره لهذا التعديل ** .

* وذلك باستثناء ما ورد فى المادة ٤٨ وهى تتحدث عن الإعتمادات القابلة للتحويل (Transferable credits)

** على خلاف ذلك تجرى المادة ٩١ من القانون المبنى المصرى ، إذ تنص على أن « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل به من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقر العايل على عكس ذلك » وإذا اعتبرنا خطاب الإعتماد أى تعديل يورده البنك عليه تعبيراً من جانب البنك عن إرادته سواءً فى إصدار الإعتماد أو التعديل فيه ، فإنه بمقتضى أحكام =

٤ - وبالنسبة للمستفيد ، تبقى نصوص الإعتماد الأصلي (وما يكون قد أدخل عليها من تعديلات سبق قبولها من جانبه) سارية في حقه ، وذلك إلى حين أن يبلغ قبوله للتعديل إلى البنك الذي أخطره بالتعديل * .

ثالثاً : الإعتمادات والعقود :

نصت المادة الثالثة من الوثيقة رقم ٥٠٠ على أن (١) تعتبر الإعتمادات المستندية بحسب طبيعتها معاملات منفصلة عن عقود البيع أو غيرها من العقود التي تكون هي الأساس لتلك الإعتمادات . ولا ترتبط البنوك بأى وجه من الوجوه بهذه العقود ، ولا تلتزم بها ، حتى لو تضمنت الإعتمادات المستندية إشارة من أى نوع إلى = هذه المادة لا يكون ما أورده البنك من تعديل على الإعتماد ملزماً له إلا باتصاله بعلم من وجه إليه . ويكون وصول التعبير قرينة على العلم به .

وقاعدة القانون المدني هذه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها في مصر ، فإذا كانت المادة ٩ د / ٢ من القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية . تذهب إلى خلاف ذلك مقررة أن البنك يصبح ملزماً بالتعديل الذى أصدره بمجرد إصداره له ، أى بمجرد التوقيع من المختصين بالبنك توقيعات معتمدة على مذكرة التعديل ، فإن المادة ٩ د / ٢ المشار إليها سوف تكون إذا ما أريد تطبيقها في روابط خاصة بالقانون المصرى غير جائزة التطبيق لتعارضها مع نص أمر في هذا القانون . ولهذا فإنه ينصح بعدم إغفال النص في خطاب الإعتماد الخاضع للقواعد والأعراف الموحدة (نشرة ٥٠٠) على استبعاد المادة ٩ د / ٢ من مجال التطبيق . (راجع د . محيى الدين علم الدين - المرجع السابق) وهذا جائز طبقاً لأحكام المادة الأولى من « القواعد والأعراف الموحدة » المذكورة .

* حكم الفقرة ٢ هذا من المادة ٩ د / ٢ يتيح للمستفيد بغير مبرر مشروع الاحتفاظ بالإعتماد الأصلي وتعديله ساريين ، يفاضل بينهما ، ويفاجئ البنك المنشئ للإعتماد وكذلك الأمر بفتح الإعتماد بأن يختار أيهما في أى وقت يشاء ، ويظل هذا الحق قائماً لصالحه إلى آخر لحظة عند تقديم المستندات والمطالبة بدفع قيمة الإعتماد . وهو وما من شأنه أن يثير الجلبلة فضلاً عن الاضطراب لدى البنك فاتح الإعتماد وصليه الأمر بفتح الإعتماد .

وينصح بعدم إغفال البنك النص في الإعتماد على استبعاد حكم هذه الفقرة من التطبيق . كما يمكن أن تصدق زمنية في التعديل يعتبر المستفيد إذا لم يرد خلالها يرفض التعديل قابلاً له ، أو بالعكس يعتبر رافضاً للتعديل إذا لم يرد خلال المهلة المحددة بقبوله له . وهذه كلها من الأمور الجائزة طبقاً للمادة الأولى من القواعد والأعراف الموحدة (د . محيى الدين علم الدين - المرجع السابق) .

تلك العقود . وعلى ذلك (أ) لا تكون تعهدات البنوك بالدفع أو قبول مسحوبات الدفع ، أو التداول ، أو الوفاء بأى التزام آخر طبقاً للإعتماد ، موضوعاً لمطالبات أو دفعات يتقدم بها طالب فتح الإعتماد نتيجة العلاقة بينه وبين المستفيد (ب) ولا يحق للمستفيد بأى حال من الأحوال أن يفيد من الارتباطات التعاقدية بين البنوك أو بين طالب فتح الإعتماد والبنك فاع الإعتماد .

وقد اعتبرت هذه المادة الإعتماد المستندى من قبيل الالتزام المجرد أو الالتزام المعرئى عن السبب شأنه فى ذلك شأن خطاب الضمان المصرفى ، وذلك توفيراً للثقة المطلوبة فى هذه الإعتمادات المستندية من أجل أن تصبح لها القيمة ذاتها التى للنقود ، فيقبل المتعاملون فى سوق التجارة الدولية على استخدامها كبديل للنقود . فحامل الإعتماد المستندى حسن النية يتمتع بحق مجرد عن الدفع التى قد تكون لأى من الطرفين الأصليين قبل الآخر ، أى لأى من الطرفين فى عقود البيع أو غيرها من العقود التى تكون هى الأساس لتلك الإعتمادات .

ويقوم التزام البنك بالسداد إلى المستفيد على استيفاء الشروط والأوضاع المنصوص عليها فى خطاب الإعتماد ، وليس على أى شروط أخرى وردت فى عقود أو مستندات أخرى تقوم عليها علاقة بين الأمر والمستفيد .

ويترتب على ذلك ، أن المستفيد ليس ملزماً بأن يقدم إلى البنك ما يفيد أدائه للالتزاماته فى عقد البيع ، بل أن يقدم المستندات التى نص خطاب الإعتماد على تقديمها إلى البنك ، وذلك لأن البنك إنما يتعهد بأن يدفع للمستفيد المبلغ المفتوح به الإعتماد عند تقديمه مستندات معينة مشروط بتقديمها بخطاب الإعتماد ، وليس عند توريد البضاعة أو الخدمة المتعاقد على بيعها . وعلى هدى من هذه الفكرة الجوهرية التى تتبنى عليها الإعتمادات المستندية نصت المادة ٤ من القواعد والأعراف الموحدة (وثيقة ٥٠٠ وأيضاً وثيقة ٤٠٠ من قبلها) على أنه فى عمليات الإعتمادات المستندية

تتعامل كل الأطراف المعنية بالمستندات وإيس بالبضائع أو الخدمات فإن الإعتماد المستندى منبت الصلة قانوناً بعقد البيع أو غيره من العقود التى تكون هى الدافع لإنشاء تلك الإعتمادات . وتنحصر عن ذلك نتيجتان أصولياتان :

الأولى : أن البنك يكفى بما يقدمه له المستفيد من مستندات ، متى تبين للبنك أن هذه المستندات تتطابق أو على الأقل تتوافق مع ما تطلبه خطاب الإعتماد من مستندات . وعند تقديم هذه المستندات المطلوبة بمقتضى عقد فتح الإعتماد ، يلتزم البنك بسداد مبلغ الإعتماد إلى مقدم هذه المستندات ، وهو البائع عادة ، بل أن البنك يلتزم بصفة عامة بالآيئه حتى يأمر صابر إليه من الأمر بفتح الإعتماد ، وهو المشتري ، بالإمتناع عن صرف قيمة خطاب الإعتماد إلى مقدم المستندات ، ولو كان البائع (المستفيد) لم يقم بتنفيذ ما التزم به فى عقد البيع كلياً أو جزئياً .

الثانية : ليس للبنك أن يشغل نفسه بمضمون عقد البيع الذى فتح من أجله خطاب الإعتماد بين عميله وبين المستفيد . وإذا قدم البائع المستندات المنصوص عليها فى خطاب الإعتماد ، فإن البنك يلتزم التزاماً مطلقاً بأن يدفع للمستفيد مبلغ خطاب الضمان ، حتى لو كان البنك قد أحبط علماً بأن البائع لم ينفذ الإلتزامات التى يفرضها عليه عقد البيع المبرم بينه وبين عميل البنك الأمر بإصدار خطاب الإعتماد .

ولما كان البنك غير ملزم بفحص البضاعة ومعاينتها قبل سداد قيمة الإعتماد ، فإنه يجدر بالمشتري أن يشترط فى عقد فتح الإعتماد أن السداد للبائع (المستفيد) لا يكون إلا إذا تضمنت المستندات التى يلتزم بتقديمها للبنك شهادة من مؤسسة تفتيش محايدة تقيّد أن البضاعة المباعة مطابقة للمواصفات المنصوص عليها فى عقد البيع . ومن الأهمية بمكان أن يلفت نظر المؤسسة التى يعهد إليها بعملية التفتيش والمعاينة إلى أن المعايير المطلوبة لإعطاء الشهادة لا تنصرف إلى ما قد تبو عليه البضاعة فى

الظاهر فحسب ، بل يجب أن تستوفى البضاعة مواصفات الصلاحية الكيميائية أو صلاحية التشغيل أيضاً . وبغير ذلك ، فإن أية شهادة تعطى بصلاحية البضاعة مظهرياً ، قد تقضى إلى حصول المشتري على بضاعة أقل جودة مما كان يتوقع * .

ولا يقوم التزام البنك بسداد قيمة الإعتماد إلى المستفيد ، إلا إذا قدمت له كافة المستندات المنصوص عليها فى عقد فتح الإعتماد . ومن حق البنك أن يرفض السداد إذا تخلف مستند من هذه المستندات ، أو تخلفت عن أحد المستندات المقدمة الاشتراطات المنصوص عليها فى عقد فتح الإعتماد . وإن يعتبر ذلك تزمناً أو تعسفاً من قبل البنك ، بل هو من مقتضيات الالتزام بعقد الإعتماد ذاته . وعلى أى حال ، فإن « القواعد والأعراف الموحدة للإعتمادات المستندية » قد لطفت الأمر فى هذا الصدد منذ النشرة رقم ٤٠٠ فقد نصت المادة ٤١ (ج) من هذه الوثيقة على أن وصف البضاعة فى الفاتورة التجارية يجب أن يتطابق مع وصفها فى الإعتماد . أما فى كل ما عدا ذلك من مستندات فيجوز أن توصف البضاعة بعبارة عامة لا تتعارض على أى حال مع وصفها فى الإعتماد .

على أن إغفال إصدار خطاب الإعتماد فى الشكل المحدد فى عقد البيع يرقى إلى مرتبة الإخلال بالعقد . ومن ثم يكون للبائع أن يقرر ما إذا كان سوف يصرف النظر عن الالتزام بأحكام العقد المذكور . وإذا لم ينص عقد البيع على الأجل الذى يجب أن يفتح فيه الإعتماد لحساب البائع ، فإن هذا الإعتماد يجب أن يفتح قبل أقرب تاريخ ممكن لشحن البضاعة . ومن ناحية أخرى ، لما كان الإبقاء على الإعتماد مفتوحاً مدة أطول من اللازم هو أمر مكلف للمشتري ، فإنه يجدر أن يشترط فى العقد أنه لا لزوم

* وحتى لو لم تكن ثمة قاعدة من جانب جهات التمويل الأجنبية أو النوايا تلزم بإجراء التفتيش على البضاعة المبيعة ، إلا أن الإستمانة بالخدمة المقدمة من جهات التفتيش على البضائع يحقق فائدة قصوى . وقد جرى العرف عليها .

لفتح الإعتماد قبل خمسة عشر يوماً من الشحن الفعلى للبضاعة ، أو أن يشترط أى شرط آخر من هذا القبيل . كما أنه إذا شك المشتري فى أن البائع لن ينفذ التزامات العقد ، فإنه يجوز له أن يطلب من البائع أن يتقدم إليه بخطاب ضمان لتنفيذ العملية ، أو بأى ضمان آخر قبل أن يرتب مع البنك فتح الإعتماد .

الفصل الثالث

ضمانات مشتري المشروع الدولي

عرفت مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية إزدهاراً ملحوظاً في مجالات التجارة الدولية ، وعلى الأخص في نطاق تجهيز المشروعات الدولية فقد أصبحت هذه المشروعات أكثر ضخامة ، وأكثر تعقيداً ، وأكثر تكلفة ، ولهذا فإن الأهمية المقابلة لذلك في شأن جوانب تمويلها نمت بدورها نمواً بالغاً .

المبحث الأول

المشاركون في ضمان تنفيذ المشروعات.

ويمكن أن يتخذ التمويل اشكالاً مختلفة ، ويأتى من مصادر مختلفة ويندر أن يكون المقاول من ناحية أو المشتري من ناحية أخرى في هذه المشروعات قادراً أو راعياً في تمويل تكلفة المشروع كله بنفسه . ولهذا فإن المؤسسات التمويلية ، ووكالات تأمين الصادرات ، ومنظمات التنمية الدولية التى تشارك فيها عدة دول ، تلعب دوراً رئيسياً في تمويل مثل هذه المشروعات .

وعلى الرغم من أن كثيراً من الملاحظات المدرجة هنا تصدق بالنسبة لمصدر التمويل بصفة عامة ، إلا أن التركيز هنا سوف يكون بالأخص على الضمانات الصادرة من قبل البنوك أو مؤسسات مثيلة . أما المشروعات والمشروعات المشار إليها على هذه الصفحات فتتضمن مختلف أنواع الخدمات ، بالإضافة إلى توريد البضائع . وأبرز أنماط هذه المشروعات التى تؤدى من أجلها أو بمناسبتها هذه الخدمات وتورد البضائع هى مشروعات إقامة مرافق البنية الأساسية ، وذلك عادة على أساس من عقد تسليم مفتاح ، مثل إنشاء المستشفيات والخزانات والمصانع ومحطات مياه الشرب والصرف الصحى الكبيرة وما شابهها ويكون مشتري المشروع عادة ، أن لم يكن لازماً ، شخصاً عاماً في البلد الذى ينفذ فيه المشروع . ويكون المقاول المسئول عن تنفيذ هذه الالتزامات شخصاً من أشخاص القانون الخاص ، يتكون في بعض الأحيان من تجمع عدة شركات كبيرة في صورة « مشروع مشترك » .

ويستشعر مشترى المشروعات الدولية بصفة عامة الحاجة إلى حماية أنفسهم ضد المخاطر المقترنة بتنفيذ العقد من جانب المتعاقدين الملتزمين بذلك ، إذ يكونون عادة منتقلين إلى بلدان غير البلد الذى ينتمى إليه المشترى أو البلد الذى ينفذ فيه المشروع . ومن ثم لأجل الحصول على الحماية اللازمة ، فإن المشترين لا يكتفون بالاتجاه إلى الغطاء التأمينى الذى تقدمه شركات تأمين خاصة أو عامة بل يلجأون أيضا إلى ضمانات تعاقدية .

وفى حالات كثيرة يطلب من المقاول أن يرتب مع بنك أو مؤسسة تمويلية أخرى لتقديم عدة ضمانات لصالح المشترى . ويستهدف المشترى من ذلك التأكد من متانة الوضع المالى للمقاول ، ومن إدارته لما يضعه على عاتقه العقد من التزامات على وجه مرض .

ويزيد من الاهتمام بتوقي الاخطار فى العقود الدولية أن الطرفان فى مثل هذه العقود لا يعرف عادة كل منهما الآخر عندما يجلسان لمناقشة التزاماتها المتبادلة ، وليس بإمكانهما الحصول ابتداء على مؤشرات واضحة عن السمعة المالية والمهنية للطرف الآخر . ويعكس اللجوء إلى التوسع فى استعمال الضمانات فى عقود تسليم المفتاح على الأخص الفلسفة التى تقوم عليها هذه العقود حيث أن التزام المقاول بتجميع المهام والمسئوليات بين يديه يجعله يبدو للمشتري وكأنه فى الواقع الضامن لحسن أداء المشروع برمته .

وينطوى عقد الضمان على ثلاثة أطراف على الأقل : (١) « المقاول » الذى يصدر الضمان بناء على طلبه ، و (٢) « مصدر الضمان » ، و (٣) « المستفيد » وهو المشترى فى العقد الاصلى . ومصدر الضمان قد يكون بنكاً من البنوك أو مؤسسة مالية أخرى مثل شركة تأمين أو شركة هيكوك . ولما كان « مصدر الضمان » يصدر الضمان بناء على طلب من عمليه « المقاول » ، فإنه يمكن أن يطلق على « المقاول » فى هذه العلاقة الأتمانية الثلاثية « العميل » .

ويرتقى تمويل المشروعات باستخدام الضمانات لدرجة عالية من العمل على تقادى المغالطات وسوء الفهم . وفى الحالات البسيطة ، يصدر البنك الضمان لفرض محدد ، بعد أن يكون قد اتفق مع المقاول « العميل » على الضمان المناسب . وقد يتخذ غطاء الضمان صورة التنازل عن نسبة من مستحقات العقد ، أو رهن أصول المقاول ، أو ضمانات مقابلة صادرة من بنك آخر . كما قد يتخذ الضمان هذه الصور جميعا . وبالنسبة للمشروعات الأكبر حجما ، فإن هذا النمط يرقى إلى درجة أعلى من التعقيد ، وذلك بتدخل « إتحاد من البنوك » يعرضون على المقاول « تسهيلات ائتمانية متحدداً ، أو مشاركا فيه » وفى ظل هذا الإجراء ، يصدر نوع أو أكثر من الضمانات فيما يتعلق ببعض أو كل المشروعات التى يتولاها المقاول على عاتقه . وتقوم الإجراءات فى كنف هذا « الاتحاد من مقدمى التسهيلات الائتمانية » على وجود مدير يتولى تنظيم العملية ، أى يتولى الإدارة ، ووكيل يجريها ، أى يتولى التنفيذ ، ومشاركين بتكتيل الائتمانات اللازمة ، كما فى عقود القرض الكبيرة .

وفى ظل نظام « التسهيل الائتمانى المتحد أو المشارك فيه » يقوم بنك واحد ، يحدده الاتحاد Consortium ، بإصدار الضمانات المطلوبة ، على أن يقوم كل من البنوك وأعضاء الاتحاد المذكور إما بتدبير خطابات ضمان لصالح البنك المصدر وذلك لتغطية الحصة التى وافق البنك المشارك على تحملها ، وأما يتفاوض مع البنك المصدر على الصيغة التعاقدية المناسبة التى يتحملها البنك المشارك مثلا فى التمويض الذى قد يقع على عاتق بنك الإصدار إدائه للغير . فإذا صدر الضمان للمقاول فإن بنك الإصدار يدفع للمستفيد ، ثم يرجع على المقاول المتعاقد ... فإذا أخفق هذا الأخير فى السداد رجع بنك الإصدار على البنوك الأعضاء فى الاتحاد الائتمانى ، كل بحسب حصته

المشارك بها . وبصفة عامة ، فإن البنوك التى تشارك فى إتحاد إئتمانى لتمويل مشروعات ائتمانية من هذا القبيل تعتمد إلى الحصول على تأمين ضد مخاطر عدم السداد من جانب المقاول أو المتعاقد ، إما من شركات ائتمان خاصة ، أو - وهذا أفضل - من هيئة قومية عامة لضمان الصادرات .

وعندما يكون عقد المقاولة على أساس صيغة « تسليم مفتاح » يلجأ المقاول عادة إلى الحصول على ضمانات مضادة من مقاوليه من الباطن . ذلك أن المقاول فى عقد تسليم مفتاح مطالب فى الإداء بأن يعطى للمشتري ضمانات عن أداء العقد برمته ، حتى ولو أنتقل أداء الجزء الأكبر من العملية إلى أيدي مقاولين من الباطن . وبالنظر إلى ذلك ، فإن المقاول يحاول عادة أن يحصل من مختلف مقاوليه من الباطن على ضمانات مقابلة بذات الشروط التى طوّل بها بمقتضى عقده مع المشتري .

البحث الثانى

أنواع الضمانات

وقد صار من الممكن الحصول على أنواع مختلفة من الضمانات بالنسبة للمشروعات الدولية . ويمكن تصنيف هذه الأنواع على أساس من أهدافها وشروطها والظروف التى يمكن مصادرتها فيها . أو طبيعتها . وذلك على التفصيل الآتى :

المطلب الأول : صكوك الكفالة وخطابات الضمان :

أن الهدف من الضمان هو كفالة إما أداء الإلتزام بمعرفة متعاقد آخر ، أو إداء مبلغ من المال لقاء التخلف عن أداء الإلتزام المضمون ، ويتجه العمل فى أمريكا الشمالية بالنسبة لمعقود الاشغال العامة إلى تفضيل الضمانة التى تقدم أداء بديلاً على تلك التى تقدم مقابلاً ماليا لقاء عدم الأداء . وعلى العكس من ذلك فإن ضمانات الاداء فى عقود التجارة الدولية قد سارت على تقليد مؤداء أداء بديل مالى عند عدم التنفيذ . وثمة فرق بين الكفالات أو صكوك الكفالة bonds من ناحية وبين الضمانات البنكية أو خطابات الضمان من ناحية أخرى . وتعتبر الكفالات أو صكوك الكفالة

النوع الأساسى للضمانات فى الولايات المتحدة وكندا . وقد أوجد هذا النوع من الضمانات بالولايات المتحدة فى الأصل رغبة الحكومة تلافى المنازعات مع المتعاقدين المتوقع رسو العقد عليهم بشأن البت فى صلاحية المتقدم للمناقصة لتولى المشروع الحكومى المتناقص عليه .

ولهذا فقد وضع ترتيب من مؤداه أستجلاب شخص أضافى غير المتقدم للمناقصة يكفل قيام هذا الأخير بالمشروع الحكومى الذى سوف ترسو عليه المناقصة . ومن ثم أرسيت قاعدة تقضى بأن على المفاوض المتناقص على مشروع حكومى أن يرتب مع شركة كفيلة مؤهلة مك كفالة يضمن الأداء الكامل للعقد . وعلى ذلك ، يكون على الكفيل وهو يقرر ما إذا كان سوف يتقدم بكفالاته للمتعاقد فى تنفيذه للعقد ، أن يتولى مهمة التأكد على مسئوليته مما إذا كان ذلك المتعاقد المتناقص صالحا للقيام بالتنفيذ من عدمه . ومن أجل هذا ، فإن الحكومة ذاتها ، إن تكون بحاجة إلى أن تتخذ أى بحث بشأن هذا الموضوع ، أو تصدر قراراً فى كل حالة فردية بصلاحية أو عدم صلاحية أحد المتعاقدين ، ولهذا السبب ، تتطلب الحكومة الأمريكية عادة من المتناقص أن يقدم كفيلاً يضمن بلا تحفظات التنفيذ الأمين والكامل للعقد بمرته . فإذا أخل أو تخلف المتعاقد ، فإن الكفيل يكون ملزماً بأن يكمل الأعمال بذات الشروط والأوضاع التى تضمنها العقد الأسمى . وقبل أن يطلب من كفيل أن يتولى إلتزاماته بمقتضى عقد الكفالة يجب أن يثبت أن المتناقص المتعاقد قد أخل بالتزاماته التى حملها بها العقد الأسمى المكفول . ومن أجل ذلك إما أن يقر بالأخل ، أو يصدر ضده حكم قضائى أو قرار من لجنة تحكيم تدمغه بهذا الأخل ، فإذا ثبت أن الخطأ أو الأخلل بالعقد كان من جانب المستفيد من الكفالة ، فإن هذا الأخير ، وهو جهة الإدارة المتعاقدة ، لن يكون له الحق فى مطالبة الكفيل بتعويض الأضرار المتسببة . ومن هذه الزاوية على الأخص ، يبين وجه اختلاف الكفالة عن خطابات الضمان المصرفية ، ذلك أن الكفالة

حتى تؤثر آثارها القانونية في تمويل المستفيد يجب أن يثبت الخطأ في جانب المكفول وهذه النتيجة هي ما يجعل الكفالة مستحبة من جانب المقاولين وضامنيهم في عقود التجارة الدولية .

أما الضمانات المصرفية فهي إلى حد بعيد شبيهة بخطابات الاعتماد القطعية . وهي تدفع عند الطلب ، وليس المستفيد بحاجة إلى تقديم دليل لتأييد طلبه . وعلى البنك أن يستجيب إلى تسهيل خطاب الضمان في أي وقت يطلب المستفيد ذلك ، ولا يحق للمقاول أن يمنع البنك من الدفع ، حتى لو كان طلب التسهيل دون أدنى أخلال بالعقد المبرم بين المقاول وهو الأمر بإصدار الخطاب وبين المستفيد وهو رب العمل . فهذه علاقة منبثة الصلة قانوناً بالعلاقة التي تنشأ بين البنك والمستفيد وإن نشأت عن أمر صادر إلى البنك من جانب المقاول . وقد ذهب البعض لذلك في تكييف هذا العقد إلى أنه تمهد لمصلحة الغير .

وهذا التسهيل لخطاب الضمان بناء على طلب المستفيد دون أدنى قدرة على وقف ذلك أو منعه من قبل الأمر بإصدار الخطاب أو من قبل البنك ، هو أحد الأسباب التي جعلت خطابات الضمان غير مستحبة من قبل المقاولين عادة كأسلوب من أساليب ضمان العقود الدولية . هذا فضلاً عن أنه من الناحية المحاسبية كثيراً ما يقيد خطاب الضمان المصرفي في دفاتر المقاول وحساباته ديناً على عاتقه ، (ولا ينتقص من ذلك أن يكون محتملاً أو مرهوناً بشرط) مما يقلل من قدرة المقاول في الحصول على تمويل إضافي .

وصكوك الكفالة مألوفة في أمريكا الشمالية ، أو بعبارة أخرى في كندا والولايات المتحدة الأمريكية ، ولكن في أغلب بلدان أوروبا الغربية ظلت « الوسيلة التقليدية » في حماية عقود الأشغال العامة وغيرها من عقود التجهيز الكبيرة لازالت سارية ، ونقصد بذلك خطابات الضمان المصرفية . أما في اليابان ، فبالنسبة للعقود المحلية فتدبر الضمانات عادة عن طريق متعاقد آخر مشهود له بالكفاية يأخذ على عاتقه التزامات

المتعاقد الأصلي عند عدم تنفيذه لها . أما على الصعيد الدولي ، فإنه نظرا لغياب القاعدة الموحدة في هذا المقام ، فإن المنافسة بين المتناقصين في عقود التجهيز الدولية يمكن أن تختل بما سوف تتطلبه الجهة الداعية إلى المناقصة من تأمينات للعقد المتناقص عليه . وعلى سبيل المثال ، فإنه إذا كانت شروط المناقصة تتطلب صكوك كفالة بواقع مائة في المائة فإن المتقدمين بمطاماتهم من أمريكا الشمالية سوف يتمتعون بميزة يتفوقون بها على المقاولين الأوروبيين الذين لا تألف أنظمتهم الائتمانية سوى خطابات الضمان المصرفية .

وقد واجهت التمديلات المدخلة على لائحة مناقصات البنك الدولي منذ عام ١٩٨٠ هذا الأمر فنصت اللائحة المعدلة على أنه في حالة الأعمال المدنية يجب أن يقدم التأمين إما في صورة ضمان أداء أو كفالة مصرفية وذلك بحسب ما يختاره المتقدم إلى المناقصة أي المقاول . وفي الأصل ، كانت لائحة مناقصات البنك الدولي التي تدرجت في هذا المقام بما يجري عليه العمل في الولايات المتحدة تنص على أن العقود الممولة من جانب البنك الدولي يجب أن تقدم تأميناتها في صورة ضمانات أداء ، أي كفالة غير مصرفية تقدم عادة من شركة من شركات التأمين . وقد أثار ذلك إحتجاج كثير من المقاولين الدوليين وعلى الأخص الأوروبيين منهم ، وتمسكوا بأنه يقصر الشكل المقبول من تأمينات العقود الممولة من البنك على ضمانات الأداء (بوندىز) فإن البنك إنما يجرى تفرقة ليست في صالحهم . ومن مؤدى ذلك تمييز المقاولين الأمريكيين عليهم ، ولما أدرك البنك الدولي وجهة هذه الاعتراضات أدخل تعديلا على لائحته بنص من مؤداه أن للمقترض (رب العمل) الحق في أن يحدد الصورة التي يتطلب من المتناقص أن يقدم بها ضمانات العقد . أي أن لرب العمل أن يختار أن يكون تأمين العقد إما ضمان أداء (بوندىز) أو كفالة مصرفية (بانك سيكيوريتى) .

على أن ترك الاختيار لرب العمل أو للمشتري لم يفض المشكلة على أى حال ، ففي الأحوال التى تطلب فيها المقترضون (وهم أرباب الأعمال أو المشترون) خطابات ضمان مصرفية كتأمين للعقد ، تظلم المقاولون الأمريكيون الى البنك الدولى من انهم تعرضوا بذلك الى تفرقة تمسفية بالمخالفة لمبدأ أصولى فى لوائح البنك مؤداه كفالة المساواة بين المتناقصين نصا وروحا . وفى الأحوال التى تطلب المقترضون تأمينا للعقد فى صورة ضمان أداء غير مصرفى تظلم المقاولون غير الأمريكيين من ان اجراءات المناقصة الممولة من البنك قد أخلت بمبدأ المساواة بين المتناقصين ، وأجرت تمييزا غير مبرر لصالح المتناقصين الأمريكيين . وفى كثير من الأحيان ، كان اختيار رب العمل لهذا أو ذلك من صور التأمينات العقدية متأثرا باعتبارات التنفيذ ، ومبلغ سهولة مصادرة التأمين . وقد تبين بعض أرباب الأعمال عندما حاولوا التنفيذ على الضمانات غير المصرفية (بوندرز) انهم يتعرضون لدفع من جانب كل من المقاولين أنفسهم وشركات التأمين المصدرة لصكوك الكفالات غير المصرفية بأنه ليس من حقهم ، أى من حق أرباب الأعمال ، اجراء هذا التنفيذ ، بمقولة انهم لم يثبتوا فى جانب المقاولين أى أخطاء فى تنفيذ العقد ، أو ان ما وقع من أخطاء لا يتحمل المقاول مسئوليته ، وهو ما يترتب عليه الدخول فى منازعات قانونية مطولة ومكلفة .

على انه من ناحية أخرى أيضا فان العمل قد كشف عن حالات عمد فيها أرباب الأعمال أو المشترون الى مصادرة التأمين وتسجيل خطابات الضمان المصرفية لصالحهم دون سند مقبول . (وليست حالة ايران بالبعيدة عن الأذهان) .

وازاء ذلك كله ، فقد قرر البنك الدولى أن الحل الموضوعى الوحيد لهذه المشكلة هو أن يسمح للمتقدم بالاعطاء ، أى للمقاول أو المورد ، أن يختار صورة التأمين الذى يراه ، وأن يؤوى على رب العمل (المقترض) أن يحدد بنفسه التأمين بالنسبة لعقود الأشغال المدنية . ومن ثم يكون تأمين الأداء فى هذه العقود فى صورة كفالة أداء

أو خطاب ضمان مصرفى حسب ما يختاره المفاوض ، فلا يجوز أن يرد النص فى وثائق المناقصة على أن يكون فى صورة كفالة أداء فحسب أو خطاب ضمان مصرفى دون سواء^(١) . وبطبيعة الحال ، فإن البنك يسهر على مراعاة ذلك من واقع مراجعته لوثائق المناقصة .

أما فى غير عقود الأشغال المدنية من عقود تجهيز مشروعات التنمية الممولة من البنك الدولى ، فيجوز للمقترض أن ينص فى وثائق المناقصة على صورة التأمين الذى يتطلب تقديمه .

على أنه نظرا لتزايد الاهتمام بتلافى التسييل غير المبرر لخطابات الضمان المصرفية من قبل المشتريين وأرباب الأعمال فقد اتجه مجتمع المصدرين الدوليين الى معالجات جديدة لمثل هذه الضمانات من أجل تجنب الاساءة الى مصالحهم .

المطلب الثانى

خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة

أولاً- شروط وظروف مصادرة الضمان :

تجرى تفرقة تقليدية بين الضمان غير المشروط (الذى يمكن أن يسيل عند أول طلب) والضمان المشروط (الذى لا يمكن أن يسيل إلا بناء على تقديم مستندات معينة أو حكم قضائى أو قرار لجنة محكمين) وعندما يكون الضمان « غير مشروط » أى يدفع عند أول طلب دون حاجة إلى تقديم دليل على إخلال المتعاقد المكفول فى أداء التزاماته ، أو استلزام أى شرط آخر ، فإنه يدفع بناء على طلب من جانب واحد ، وذلك بأن يقوم المتعاقد المكفول باخطار البنك بالدفع إليه دون حاجة إلى أى إخطارات

(١) وبالتالى أيضا فإن التشريعات المحلية التى تحكم تجهيز مشروعات التنمية فى بلد المقرض (مثل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات فى مصر) لا تسرى على المناقصات الدولية التنافسية لمقود الأشغال العامة الممولة من جانب البنك الدولى الا اذا وافق البنك الدولى على غير ذلك . (راجع أيضا ص ٨١ وما بعدها من مؤلفنا من لائحة مناقصات البنك الدولى) .

أو موافقات أخرى . وعلى العكس من ذلك ، فإن الدفع في حالة الضمان المشروط ، أى الضمان المستندي ، لا يكون مطلقاً ، بل يتوقف على إستيفاء بعض الشروط والأوضاع التي لا نجدها مشتركة في حالة الضمان غير المشروط . ولهذا فقد جرى كثير من الفقهاء على وصف الضمان في الحالة الأولى بأنه ضمان مطلق ، بينما هو في الحالة الثانية ضمان نسبي . وقد جرى العمل في عقود التجارة الدولية على أن يكون الضمان بصفة عامة مشروطاً أى نسبياً ، ما لم يفصح عن غير ذلك إفصاحاً بينا .

ثانياً - مخاطر الضمانات غير المشروطة بالنسبة للمقاول :

وتكاد تتطوى الضمانات غير المشروطة على مخاطر بالغة الأهمية بالنسبة للمقاول مادام أن الضمان قد يسيّل بدون حاجة إلى إستلزام أى دليل على أخلاقه بالتزاماته الأصلية المكفولة بالضمان ، أو عدم أدائه لها طبقاً للعقد المكفول . ويحدث التسييل في بعض الأحيان من جانب أرباب أعمال أى مشترين غير مقدرين للمسئولية ، حتى لو لم يكن المقاول قد أخل بالتزاماته التعاقدية . ويوصف اللجوء إلى هذا التسييل عادة بأنه إساءة لاستعمال الحق ، وهو ما ينطوى على خطأ في التعبير ، ذلك أن الضمان الذي يكفل التنفيذ على هذا النحو يمكن أن يسيّل حتى في حالة انتفاء الأخلال أو عدم الأداء ، وهو ما يعكس حقيقة أن هذه الضمانة تستند إلى عقد يتمتع باستقلال عن العقد الأصلي إلى حد كبير .

فالنظرة القانونية السليمة إلى خطاب الضمان غير المشروط أنه تعهد نهائى يصدر من البنك بناء على طلب عميله يدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك منه خلال مدة محددة . والبنك إذ يصدر خطاب الضمان لصالح دائن عميله لا يضمن به حسن تنفيذ العميل لإلتزامه أمام دائته . ويترتب على استقلال التزام البنك الثابت في خطاب الضمان عن دين العميل الناشئ من العلاقة بينه وبين المستفيد أن أحكام الكفالة المدنية لا تنطبق ، بل يخضع دين كل منهما للعلاقة التي

نشأ عنها ولاحكام هذه العلاقة وحدها ، فلا حاجة للبنك إلى إخطار المدين (عميله) قبل أن يدفع المستفيد بدفوع مستمدة من العلاقة بين المستفيد وعميل البنك ، وليس للعميل أن يعارض في وفاء البنك للمستفيد بسبب مستمد من علاقة العميل بهذا المستفيد . ويتحدد التزام البنك بعبارة الخطاب الذي يصدره ، والمعتاد ان يتضمن الخطاب تعهدا نهائيا من البنك بدفع المبلغ موضوع الخطاب لدى أول طلب يقدمه المستفيد في مدة سريان الضمان وبالرغم من أى معارضة من عميله ، وقد ينص على ان يكون الدفع فورا . وعبارة الخطاب ذاته هى التى تكتسب اهميتها فيما يتعلق بجديه التزام البنك ، بحيث إذا تحققت الشروط الواردة فيه وجب على البنك الوفاء بما تعهد به .

ويرتبط التمسك بأن يكون الضمان المقدم ضمانا غير مشروط بالخلفية التاريخية لهذا الضمان الواجب الاداء عند أول طلب . ففى الأصل ، كان المشترون يتطلبون ان يودع لديهم أو لدى بنوكهم مبالغ نقدية أو سندات ائتمانية . ولكن بسبب ارتفاع تكلفة ذلك بالنسبة للمتعاقدين المحتاجين للائتمان بدأ المشترون بالتفريط يتحولون إلى قبول الضمانات المصرفية بدلا من الأموال السائلة أو السندات الائتمانية على شريطة ان تحقق هذه الضمانات تأمينا مائلا للضمانات الأصلية . وقد تجلّى أن الضمانات القابلة للتسييل عند أى طلب والصادرة من البنوك المحلية هى البديل الوحيد للودائع التى كانت توضع بين يدى المشتريين لارتضاء أرساء العقود على المقاويل .

وتتزايد المخاطر التى ينطوى عليها خطاب الضمان المصرفى غير المشروط بعدم تحديد أجل صريح لانقضاء الضمان . وعلى سبيل المثال ، فقد وجدت حالات طلب فيها المشترون تسييل خطابات الضمان غير المشروطة المقدمة اليهم ، بعد ان كان قد مضى على إنجاز المشروع على اكمل وجه وقت طويل . ويرجع قيام هذا الخطر عادة ، إلى إهمال المقاويل أو عدم تحرزه فى هذا المقام ، إذ عليه ان يتحقق على الدوام من ان

سريان الضمان ليس إلى أجل مفتوح . وعلى أى حال ، ففي ظل قوانين بعض البلاد مثل تركيا وسوريا ، فإن الضمان يمكن تسييله قانونا فى أى وقت مادام أن صكه لازال لم ينقل ماديا إلى يدى الما قول لأجل الالفاء ، وذلك دون اعتداد بأى تاريخ انقضاء مدرج فى وثيقة الضمان ذاتها .

ثالثا : مشكلات يثيرها خطاب الضمان غير المشروط :

تثير خطابات الضمان غير المشروط ، مشاكل عملية وقانونية ، ترقى بعضها إلى مرتبة عالية من الجسامه والتعقيد ، وتؤدى فى كثير من الأحيان إلى إنعكاسات سيئة على مسارات عقود التجارة الدولية ، مما يفضى أيضا إلى تعويق مشروعات التنمية فى البلدان التى بحاجة إلى الأموال والخبرات الأجنبية . وتتفاقم هذه المشكلات عندما يكون المستفيد هو إحدى الجهات الإدارية ، والعميل ماقول أجنبى أستصدر خطاب ضمان ابتدائى أو نهائى يقدمه لتلك الجهة . ويمكن حصر هذه المشكلات على ضوء التجربة المصرية فى عقود الاشغال العامة على الأخص وأوجه تضرر الماقلين الأجانب فى الصور الآتية :

١ - فيما يتعلق بخطابات الضمان الابتدائى أو المؤقت ، وهى الخطابات التى يكون تقديمها متطلبا لدخول المناقصة ، وتكفل عدم نكوص مقدم العطاء عن شروط عطائه أو سحبه قبل الميعاد الذى تحدده الجهة الادارية للبت فى العطاءات المقدمة - فيما يتعلق بخطابات الضمان هذه ، تطول الاجراءات الخاصة بالبت فى العطاءات ، مما تعمد معه الجهة الادارية إلى مطالبة المتناقضين مقدمى العطاءات بتمديد أجل سريان خطابات الضمان الابتدائى أو المؤقت مما مفاده اضطرار الما قول إلى اللجوء إلى البنك مصدر خطاب الضمان لاتخاذ اجراءات التمديد لمواجهة مد أجل سريان العطاء ، وقد يحدث ذلك أكثر من مرة ، مما يضيف على عاتق مقدمى العطاءات أعباء مالية جديدة .

٢ - على الرغم من أن أحكام المناقصات والمزايدات الصادرة بالقانون المصرى رقم ٩ لسنة ١٩٨١ تحت جهات الإدارة إلى سرعة رد مبالغ التأمين الابتدائى أو المؤقت إلى كل مقاول لم ترس عليه المناقصة ، بل وحددت المادة ٧١ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور هذه المدة بسبع أيام عمل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول ، كما حثت أحكام هذه المادة أيضا على أن يرد التأمين الابتدائى إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان على الرغم من ذلك ، فان الجهات الإدارية لا تبادر إلى رد خطابات الضمان المؤقت إلى المتناقصين الذين لم ترس عليهم العملية . بل يمتد تراخيها فى ذلك إلى حين توقيع العقد النهائى ، وقد لا يكون ذلك مع من رست عليه المناقصة بل مع من يليه أو يليه ، وهكذا . ولئن كانت المادة ٢٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ تنص على أن صاحب العطاء المقبول يجب أن يودع فى فترة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت ويصبح بذلك قد أدى التأمين النهائى ، وبالنسبة للعقود التى تحرم مع متعاقد فى الخارج يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تتجاوز عشرين يوما ، إلا انه يجوز أيضا بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لإيداع التأمين النهائى بما لا يتجاوز عشرة أيام . ومهما يكن فان جهة الإدارة تتراخى كثيرا بعد هذه المدد التى لا تتجاوز ثلاثين يوما فى أخطار المقاول الذى رسا عليه المزايدة برسوها عليه . وتظل تأمينات المتناقصين غير المقبولين محتجزة ، ولا ترد إليهم فى بعض الأحيان فعلا إلا بعد شهور وربما بعد سنين من التأخير الذى ينتهى فيه الغرض الذى حدده القانون لها .

٣ - قد يكون المقاول الذى رسا عليه العقد ، وقدم لجهة الإدارة خطاب الضمان النهائى ، ماضيا فى تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها على أكمل وجه ووفقا لأحكام العقد ومتطلباته ، ولكنه يفاجأ دون أدنى سبب راجع إليه بأن جهة الإدارة قد بادرت إلى تسهيل خطاب الضمان لصالحها ، ويلتزم البنك بدفع قيمة الخطاب إليها متى كان غير مشروط ، أى واجب الدفع للمستفيد عند أول طلب . وإذا استوضح المقاول سبب ذلك الإجراء ، تعللت جهة الإدارة بعلة واهية أو لا تتعلل بأى علة على الإطلاق .

٤ - على الرغم من ان المقاول يكون فى كثير من الأحوال قد سلم الأعمال التى انجزها إلى الجهة الإدارية المتعاقدة ، تسليما مؤقتا ثم نهائيا بحسب الأصول وفى المواعيد المقررة لذلك ، قد يجد جهة الإدارة تتراخى دون مبرر مشروع فى رد خطاب الضمان النهائى كليا أو جزئيا .

وتنص الفقرة (د) من المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « عند تسليم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمى الدال على ذلك ، يسوى الحساب النهائى ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه » .

ونصت المادة ٨٥ من اللائحة المذكورة على انه : « بعد إتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - إذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لاية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا وتحفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لعين إنتهاء مدة الضمان وإتمام التسليم النهائى » .

ونصت المادة ٨٦ من اللائحة المذكورة على إنه : « وعند تمام التسليم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد إليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه »

رابعاً : استحكام الخلاف بين العميل والمستفيد على صرف خطاب الضمان غير المشروط :

وقد يستحكم الخلاف بين العميل (المقاول) والمستفيد (رب العمل وقد يكون جهة إدارية تقوم بمشروع من مشروعات التنمية الممولة من جهات تمويل خارجية) ، فالعميل يدعى إنه ليس للمستفيد ان يسيل خطاب الضمان لصالحه ، فقد انجز الأعمال التى التزم بإنجازها ، وقام بتسليمها سواء تسليماً مؤقتاً أو نهائياً ، ومن ثم ماعاد لخطاب الضمان مبرر بعد إنتهاء العملية المتعاقد على تنفيذها . أما المستفيد فهو ليس بحاجة إلى أن يدعى بشيء ، فخطاب الضمان الذى فى يده خطاب ضمان غير مشروط وأجب الدفع من قبل البنك عند أول طلب ، وليس للبنك ان يخوض فى تفاصيل العلاقة بين العميل والمستفيد ، حتى واو كانت هى العملية التى صدر خطاب الضمان بشأنها ولا أن يحتج على المستفيد بحجج أو دفوع مما يجوز للعميل ان يحتج بها قبل المستفيد .

وقد يحتدم النزاع بين الطرفين ، العميل والمستفيد ، ويتوالى صدور الأحكام القضائية أو قرارات التحكيم لأى منهما أو عليه ، ويجد البنك مصدر خطاب الضمان نفسه فى حرج شديد بين عميله والمستفيد . وفى هذا المقام قد يلجأ العميل (المقاول الأجنبى) إلى القضاء فى بلده طالبا الحكم بمنع البنك المصرى من أداء قيمة الضمان إلى المستفيد ، (وقد يكون جهة من جهات الإدارة المصرية ، وذلك عادة عند تجهيز مشروع من مشروعات البنية الأساسية) أو بمنع البنك المراسل الموجود فى بلد العميل من الدفع إلى البنك المصرى والمستفيد المحلى . وقد يلجأ المستفيد من ناحيته الى القضاء المصرى للحكم بسرعة الزام البنك بأداء قيمة خطاب الضمان غير المشروط الصادر لصالحه أو بتوقيع حجز إدارى ضد البنك . وقد يصدر لكل من الطرفين الحكم

من جهة القضاء الذى انتصف إليه ، سواء كان القضاء الوطنى أو القضاء الأجنبى وتكون النتيجة عندما ينفذ البنك المصرى حكم القضاء الوطنى بتسييل خطاب الضمان لصالح المستفيد (رب العمل) لا يستطيع أن يسترد من البنك الأجنبى المراسل قيمة خطاب الضمان الذى يكون البنك قد دفعه فى هذه الحالة من ماله ، وهو ما يمثل خسارة لحقت به ، وذلك عندما يحتج عليه البنك الأجنبى المذكور بأن قضاء البلد الذى يتبعه قد حكم بمنعه من هذا الأداء .

وقد سبق أن رأينا من قبل مؤدى « التعهد بالضمان المقابل » بين البنوك المحلية والبنوك الأجنبية فى شأن « خطابات الضمان الخارجية » وكيف تتم هذه العملية إذا كان خطاب الضمان صادراً عن بنك فى الخارج ، حالة كون المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ تنص على إنه « إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة »^(١) ولهذا ، فإن موضوع خطابات الضمان غير المشروطة ، واستخدامها على الأخص فى نطاق التجارة الخارجية أصبح يؤثر كثيراً من الجدل ، واحتاج إلى تداركه بطول أكثر ملاسة لاعتبارات تبادل الأموال والخبرات بين الدول الغنية والدول الأخذة فى النمو^(٢) .

١ - راجع ماسبق أن توضح فى شأن التسوية التى تتم بين البنك المحلى والبنك الغير مقيم المراسل له .

٢ - وفى مقال للدكتور محى الدين حلم الدين بعنوان « خطابات الضمان - لماذا أصبحت مشكلة » بالمعد الصادر ١٠ / ١٢ / ١٩٨٤ من مجلة الأهرام الاقتصادية اقترح سيادته فى هذا المقام حلاً مقداً : وضع شرط فى خطابات الضمان الخارجية وفى طلباتها ينص على إنه فى حالة وقوع خلاف بين العميل والمستفيد (المقاول وجهة الإدارة) على مدى أحقية الأخير فى اقتضاء قيمة خطاب الضمان يكون على البنك أن يئدى قيمة الضمان إلى المستفيد بصفة مؤقتة ويقبل الأطراف مقعماً للدخول فى تحكيم دولى لدى إحدى جهات التحكيم (مثل مكتب القاهرة الأقليمى للتحكيم التجارى الدولى أو محكمة لندن للتحكيم أو غرفة التجارة الدولية) لتسديد حقوق الأطراف الموضوعة . ويكون من حق البنك اقتضاء قيمة المبلغ المدفوع إلى المستفيد من العميل فور أدائه بحكم من المحكم قبل الدخول فى الموضوع .

على أن الدكتور محى الدين حلم الدين يعهد فيقول أن هذا الشرط قد يبدو صعب القبول بالنسبة للجهات الحكومية التى تعامل هذه المسائل بنوع من التصلب وعدم المرونة . وفى هذه الحالة يمكن أن يكفى البنك المحلى بالنص فى طلب العميل وفى خطاب الضمان الخارجى ، على أن خطاب الضمان هذا يخضع للقواعد الموحدة ل ضمانات =

خامساً - الجدل حول خطابات الضمان غير المشروط فى ممارسات التجارة الدولية :

وقد أبان العمل بعض السمات المميزة لخطابات الضمان غير المشروطة أو المطلقة أو الواجبة الدفع عن أول طلب .

وأولى هذه السمات أن هذه الخطابات تختلف عن الضمان العادى الذى يكون فيه التزام الضامن أو الكفيل التزاماً تابعاً ذلك أن خطاب الضمان غير المشروط ينطوى على التزام مستقل عن التزامات العقد الأسمى .

وثانى هذه السمات أن المحاكم وهيئات التحكيم كثيراً ما طبقت على المنازعات التى تثيرها خطابات الضمان غير المشروطة ذات الأحكام التى طبقتها بالنسبة لخطابات فتح الاعتمادات التجارية .

سادساً - خطابات الضمان غير المشروط ، وخطابات فتح الاعتماد نُجحت الطلب :

تشبه خطابات الاعتماد تحت الطلب خطابات الضمان غير المشروط إلى حد بعيد سواء من الناحية العملية أو القانونية . وقد يمكن أن يمد العمل ببعض جوانب التنظيم القانونى سواء على المستوى الدولى أو المحلى لخطاب فتح الاعتماد إلى مجال خطاب الضمان غير المشروط .

وتعنى خطابات الاعتماد تحت الطلب التزاماً يتيح للمستفيد الاستفادة من التزام ملقى على عاتق مصدر الخطاب بالسداد فى حالة أى إخلال من جانب من فتح الاعتماد بإسمه (العميل) فى تأديته لأحد الالتزامات . وقد استخدمت البنوك فى البلاد التى تمنحها قوانينها عن إصدار خطابات ضمان الا بآئن خاص من بعض السلطات المصرفية (مثلاً فى الولايات المتحدة الأمريكية) إستخدمت أداة خطابات

= العقود (الوثيقتين رقمى ٣٢٥ و ٤٥٨ الصادرتين من غرفة التجارة الدولية) وهذه القواعد تنص على إخضاع الخطاب عند الخلاف للتحكيم الدولى من طريق غرفة التجارة الدولية ، ووسط فى بلد البنك الذى أصدر خطاب الضمان . وبذلك يتم التحكيم فى مصر ، ويطبق عليه القانون المصرى وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية (راجع ص ٦٢ من الجزء الأول من مؤلف الدكتور محى الدين إسماعيل « موسومة أحوال البنوك من الناحية القانونية والعملية » طبعة ١٩٨٧) .

فتح الاعتماد تحت الطلب لتحقيق الأغراض التي تحققها خطابات الضمان غير المشروط .

وإذا وضعنا موضع الاعتبار المنازعات التي قد يثيرها موضوع خطابات الضمان غير المشروطة في ظل نظم قانونية محلية عديدة ، فإنه عند تحرير عقد من العقود الدولية تمن الحاجة كثيراً إلى أن يوضع موضع الاعتبار تدارك ما قد يثيره تنازع القوانين المحلية من مشاكل في هذا المقام . ومنها على سبيل المثال مدى حق البنك مصدر الضمان في رفض الدفع إلى المستفيد على أساس أن المطالبة بالدفع إنما تقوم على غش وتلاعب ، وذلك بأن يكون المكفول (العميل) قد وفى بالالتزام الذي صدر من أجله خطاب الضمان .

وقد عنيت غرفة التجارة الدولية بهذا الموضوع فأصدرت وثيقتها رقم ٢٢٥ بعنوان « القواعد الموحدة لضمانات العقود » بتاريخ ٢٠ / ٦ / ١٩٧٨ . ومن بعدها الوثيقة رقم ٤٥٨ المنشورة في أبريل ١٩٩٢ .

وفي كل الأحوال ، تمن الحاجة في هذا المقام إلى إتباع تفسير ضيق ، ولهذا فمن النادر أن يكون البنك في موقف يمكنه أن يعرف ما إذا كان طلب الدفع يقوم على أساس سليم أم لا . أو على الأقل ، أن يكون بإمكانه أن يثبت في حينه عدم سلامة الطلب ، ولهذا فسوف يكون عليه أن يدفع .

ويقود ذلك كله إلى القول بأن خطاب ضمان الأداء غير المشروط هو بدوره خطاب اعتماد تحت الطلب . وعندما يصدر البنك ضمان أداء عليه أن ينفذ هذا الضمان على ما جاءت به أحكامه ، وليس من شأنه أن يكثر بما تكشف عنه العلاقة بين المورد والمستورد ، أو ما إذا كان المورد قد نفذ التزامه قبل المستورد على أكمل وجه أم إنه قد أخل بالتزاماته التعاقدية على أي وجه . وعلى البنك أن يوفى بالتزامه بالضمان دون حاجة إلى تطلب أي دليل يتعلق بمجريات تنفيذ المقاو لالتزامه قبل من صدر لصالحه خطاب الضمان ، مالم يكن هناك دليل صارخ على خلاف ذلك .

ولعل فى اتجاه المحاكم إلى القول فى العلاقة الأصلية المكفولة بخطاب الضمان لتبين ما إذا كان المكفول قد أخل أو لم يخل بالتزامه أو تطلب التقدم بالأدلة المستندية التى تسند طلب المستفيد من خطاب الضمان فى تسييله ، ما يدفع إلى الإعراض عن إستخدام خطابات الضمان فيما شرعت له ، وعندئذ سوف نجد الدائتين الأصليين يعولون إلى ما كانوا يعمدون إليه من قبل ، ألا وهو تطلب تزويدهم بإيداعات نقدية ضامنة لحسن تنفيذ مدينتهم لالتزاماتهم بالأداء .

وكما سبق أن أوضحنا فيما تقدم ، فإن ثمة أنواعاً مختلفة من خطابات الضمان تتمشى مع المراحل المتعاقبة لانجاز المشروعات الدولية وفى كثير من الحالات ، تصدر خطابات الضمان المذكورة من البنك ذاته تباعاً ومعرزة لبعضها .

وهذه الضمانات تعتبر عادة من قبل البنك اعتماداً آخر يضاف تعزيزاً لموقف العميل . وتصدر البنوك خطابات الضمان لصالح عملائها كاحدى الميزات التى تقدمها لهم لموازنتهم فيما يدخلون فيه من صفقات تجارية دولية . وفى هذا السبيل يعمد البنك عادة إلى تحميل العميل بجزء أو بكل قيمة الضمان حسب قدرته التعاملية مع البنك . وتصل الضمانات الابتدائية عادة إلى ما يعادل من ١ ٪ إلى ٥ ٪ من قيمة العطاء . وفى بعض الاحيان القليلة إلى ١٠ ٪ أما ضمانات التنفيذ فتصل إلى ما يعادل من ٥ ٪ إلى ١٠ ٪ واستثناء إلى ١٥ ٪ من قيمة العقد . كما تصل ضمانات المدفوعات المسبقة إلى ٢٠ ٪ من قيمة العقد .

ومن أجل تخفيض العبء المالى المتولد عن مثل هذه الضمانات ، فإنه يجدر بالمتعاقدين التفاوض بصدد شروط الضمان والعقد ، للتوصل إلى النص على إنقاص قيمة الضمان تبعا لانجاز الاعمال . وعلى أى حال ، فإنه حتى بافتراض التوصل إلى

نتائج طيبة فى هذه المفاوضات فان السيولة النقدية للمتعاقد يمكن ان تبقى مشكلة على قدر لا يستهان به من الجسامة ، لأن حساب الاعتماد الخاص بالعقد المفتوح لدى البنك الضامن له ينص عادة فى شروطه على دفع تأمين نقدى للبنك بمجرد طلب المستفيد تسهيل خطاب الضمان ، أو تمديده ، أو الحجز على قيمته .

وفضلا عن ذلك ، فانه على الرغم من ان خطر التسييل غير السليم لخطاب الضمان من جانب المستفيد قد يتوصل المتعاقد إلى التأمين ضده لدى مؤسسات خاصة أو عامة معنية ، إلا أن أقساط مثل هذا التأمين فى الغالب لا تكون زهيدة . وتوقع التسييل غير السليم لخطاب الضمان ليس بمستبعد عندما يكون ذلك الخطاب غير مشروط ، لأن الالتزام بالضمان فى هذه الحالة يكون مستقلا عن الالتزام الأصيل .

وسوف تكون تكلفة التأمين فى هذه الحالة عبئا إضافيا على عاتق المتعاقد ، وذلك بالإضافة إلى الاتعاب التى يحصلها البنك منه لقاء اصدار خطاب الضمان لحسابه . هذا بالإضافة إلى أن خطابات الضمان تكون بحسب النظام المتبع بشأنها محددة المدة . وعلى ذلك ، فإن مد صلاحيتها ، الذى تمن الحاجة إليه - وذلك على سبيل المثال إذا تأخر إنجاز الأعمال عن ميعادها المتفق عليه - يقتضى إداء اتعاب إضافية إلى البنك مصدر خطاب الضمان من قبل الصادر لحسابه الخطاب الممدود فترة صلاحيته .

سابعا - صكوك الكفالة : هل هى البديل ؟

وقد كانت التكلفة المنخفضة لما يسمى بصكوك الكفالة التى تصدرها بعض شركات الضمان مدعاة إلى ان ينادى البعض باتخاذها بديلا لخطابات الضمان المصرفية غير المشروطة التى تتصف بإرتفاع تكاليفها سواء فى اصدارها أو فى تجديدها ، وذلك ليس فحسب بالنسبة للمقاول الذى يستصدرها لحسابه ، بل وأيضا بالنسبة للمشتري أو المالك الذى ينتقل إليه عبء هذه التكلفة آخر الأمر .

إلا إنه مهما كان الأمر ، فإن خطابات الضمان المطلقة ، لا يرحب باستبدالها بمثل تلك الصكوك فى عقود التجارة الدولية ، إذ إنه فى ظل خطاب ضمان مطلق أو غير مشروط ، يكون لمن صدر خطاب الضمان لصالحه ان يقدر ، على مسئوليته الخاصة ، ما إذا كان المقابل المتعاقد معه والمتقدم بذلك الضمان قد أدخل كليا أو جزئيا بالالتزام المكفول بخطاب الضمان غير المشروط . ويكون له وله وحده تقدير ما إذا كانت مصلحته قد اضررت بسلوك المقابل المذكور فى تنفيذ العقد سلوكا معيبا ومن ثم يكون له أن يلجا إلى طلب تسييل خطاب الضمان الصادر لصالحه ، والذي لولاه لما قبل إرساء التعاقد على المقابل . ولا شك ان هذا يكفل للمستوردين وأرباب الأعمال ضمانا أكبر ، وبخاصة فى خضم ظروف دولية يشوبها الاضطراب وعدم الثقة . كما تبدى البنوك ذاتها مصدرة خطابات الضمان خوفا من أن تتحمل مسئولية التحقق من ان الشروط الموضوعية للعقد المكفول قد نفذت من عدمه من جانب المقابل المغطى بالضمان الذى أصدرته لحسابه . وتفضل البنوك ان يكون التزامها بالضمان التزاما غير مشروط ، حتى لا تأخذ على عاتقها القيام بوظيفة القاضى أو المحكم أو الخبير بالنسبة لأداء العقد .

ثامنا - تأمين الضمان :

وقد دخلت شركات التأمين فى بعض البلاد بموافقة السلطات الاقتصادية فيها مجال ضمانات العقود . وراحت تنافس البنوك فى إصدارها لخطابات الضمان مقابل أقساط للتأمين نسبتها أقل مما تتقاضاه البنوك من عمولة لقاء إصدارها لخطابات الضمان المصرفية . وقد لاحظت شركات التأمين أن ثمة تشابها بين عمليات التأمين التى تقوم بها وبين ضمانات العقود ، ففى كلا الحالتين ثمة امكانية تقديم حماية من

مخاطر محتملة تتمثل فى أداء الدين إذا لم يدفعه المدين . فدخلت شركات التأمين بذلك مجالا محتجزا فى الأصل للبنوك ، مما أثار اعتراضات الاوساط المصرفية على هذا التدخل متمسكة بأن ضمان العقد ليس مجرد تغطية مخاطر ، وإنما هو عملية مالية من شأن البنوك القيام بها وحدها ، ذلك انه لا يجوز منطقيا ان تلتزم شركة التأمين بتأمين عميلها (المدين) ضد عدم الأداء الارادى من جانبه ، فالتأمين بحسب إحكامه الاصلية يكون عن خطر ، من شروطه إلا يتعلق بمحض ارادة أحد طرفى العقد ، ذلك ان الخطر إذا تعلق بمحض ارادة أحد الطرفين ، انتفى عنصر الاحتمال ، وأصبح تحقق الخطر رهنا بمشيئة هذا الطرف ^(١). وعلى ذلك فان المقاول لا يستطيع ان يلجأ بحسب اصوليات عقد التأمين إلى شركة التأمين لتصدر بوليصة تأمين تكفل بها عدم إخلاله بالتزاماته التعاقدية . والذي قد يستطيع فى هذه الحالة ان يلجأ إلى شركة التأمين هو المالك أو مشتري المشروع كى تؤمنه ضد إخلال المتعاقد الآخر (المقاول) بالتزاماته قبله أو اهماله فى تنفيذها . ولكن هذا شىء آخر ، فان الذى يحتاج إليه عقد المقاولة الدولى كضمان يطمئن إليه المشتري أو المالك ، فيقبل أن يسند العملية التى يريد التعاقد عليها إلى مقاول نون غيره ، هو ضمان يتقدم به المقاول إلى المشتري أو رب العمل أو المالك يتعهد له به طرف ثالث ، كبنك من البنوك مثلا ، أن يدفع له عند الطلب مبلغا من المال إذا ما أخل المقاول بالتزاماته كليا أو جزئيا . وهذا ما تقصر عنه شركة التأمين ، فعميلها فى حالة « تأمين الضمان » لن يكون المقاول فهذا ممتنع عليها ، إذ هى قانونا لا تملك ان تؤمن أخطارا رهينة بارادة المؤمن . ومن ثم لا تستطيع ان تصدر بوليصة تأمين للعميل (المقاول) تكفل تعويض

١ - د . خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة - طبعة ١٩٧٩ - ص ١١٦ وما بعدها .

المالك أو مشتري المشروع أو رب العمل في حالة إرتكاب المقاول خطأ عمدياً أو إهمالاً في تنفيذ العقد الأصلي . ويلاحظ من ناحية أخرى أن عملية إصدار خطاب الضمان من بنك من البنوك إلى عميل (المقاول) لا تقوم على تلقي البنك أقساطاً كما تفعل شركة التأمين بالنسبة لبوايصة التأمين (تأمين الضمان) وإنما يتلقى البنك مقابل إصدار خطاب ضمان لعميله (الذي هو الطرف المدين في عقد المقاوله الأصلي) عمولة أو أجراً .

وقد قصرت فرنسا منذ عام ١٩٥٢ القيام بإصدار خطابات الضمان على البنوك دون شركات التأمين ، بعد أن كان ذلك مسموحاً به لهذه الشركات منذ عام ١٩١١ . وإزاء ذلك لجأت شركات التأمين التي ما عاد لها إصدار خطابات تأمين الضمانات العقديّة إلى الإشتراك في تأسيس أو زيادة رأسمال ما عرف منذ عام ١٩١١ في العمل المصرفي والإئتماني « بالمنشآت المالية المتخصصة » ويحدد الترخيص الصادر بشأنها نشاط المنشأة ، وتظل الدولة تمارس عليها رقابة فعالة . وهذه المنشآت تؤدي الكثير من أعمال البنوك في مقدمتها إصدار الكفالات وخطابات الضمان . وغالباً ما تكون هذه المنشآت فروعاً لبنوك أو شركات صناعية .

تاسعا - لإزال خطاب الضمان غير المشروط سحجذا :

ونخلص مما تقدم إلى ان استلزام الضمانات التعاقدية من قبل مشتري المشروعات النولية ، وعلى الأخص مشتري مشروعات تسليم مفتاح ، في تزايد مطرد كوسيلة للحماية ضد عدم أداء المقاول لالتزاماته المتولدة عن العقد الاصلى ، وعلى أى حال ، فان اثبات الإخلال بالإلتزام الاصلى كشرط لأداء البنك لقيمة خطاب الضمان

لا يلعب فى عقود التجارة الخارجية إلا دورا محددا بالنظر إلى ما تلقاه خطابات الضمان غير المشروطة من تفضيل على صعيد التجارة الدولية ، سواء من جانب مشتري المشروعات أو من جانب البنوك التى تفضل أن يبقى دورها مقصورا على التمويل دون أن تخوض عمليات تقدير ما إذا كانت الأعمال المكفولة بالضمان قد أديت على مايرام من عدمه ، بما تنطوى عليه هذه المهام من نواحى فنية تقصر عنها صلاحيات البنوك بصفة أصلية ، ولهذا ، فمادام ان المطالبة غير السليمة بتسييل خطابات الضمان غير المشروطة تظل هى الاستثناء من القاعدة ، فان الاتجاه إلى تحييد خطابات الضمان المؤداة عند أول طلب وتفضيلها على صكوك الضمان المشروطة سوف يظل مستمرا فى عقود التجهيز الدولية ، ويكل وضوح فان مشتري المشروعات مستعدون أن يدفعوا ثمنا أعلى لقاء كفالة أوفى ، بدلا من أن يدفعوا ثمنا أرخص مقابل كفالة أقل .

وسوف نرى مدى لذلك كله فى الوثيقة التى وضعتها غرفة التجارة الدولية بباريس بعنوان « القواعد الموحدة لضمانات العقود » (وثيقة رقم ٣٢٥) .

المطلب الثالث : خطابات الضمان المحلية والخارجية :

ينطوى عقد الضمان على ثلاثة أطراف على الأقل : البائع وهوالمقاول الذى يصدر الضمان بناء على طلبه ، ومصدر الضمان ، والمستفيد وهو المشتري فى العقد الأصيل . ومصدر الضمان قد يكون بنكاً من البنوك أو مؤسسة مالية أخرى من مؤسسات ضمان الائتمان المصرفى . ولما كان مصدر الضمان يصدر الضمان بناء على طلب من عميله المقاول ، فانه يمكن ان يطلق على المقاول فى هذه العلاقة الائتمانية الثلاثية « العميل » .

إلا أنه أصبح مألوفاً أن يضم عقد الضمان في كثير من الأحوال أربعة أطراف
إزاء ما يجرى المستفيدون الآن عليه من إجراء يتطلبون بمقتضاه أن يكون الضمان
صادراً أو معززاً من بنك يعمل في بلدهم ، بل أن هذا قد أصبح متطلباً بالقانون في
عدد من الدول ، وذلك بالنص على أن يكون الضمان صادراً من بنك مقيم في بلد
المشتري . وبالمثل ، فقد يصدر الضمان من مثل هذا البنك المحلي ، ويطلب من بنك
يكون المقاول عميلاً له أن يعطى للبنك المصدر « ضماناً مقابلة » .

ومن السهل أن نفهم إصرار المستفيد على أن يكون الضمان صادراً أو معززاً من
بنك محلي :

فأولاً : وقبل كل شيء ، تخضع احتمالية إقدام المقاول على إلغاء الضمان
أبعد ، متى كان الضمان صادراً من بنك في بلد المستفيد ، وليس من بنك في بلد أكثر
التصاقاً بمصالح المقاول .

وثانياً : تقل احتمالية أن تؤدي الخلافات بين بلدي المقاول (العميل) والمشتري
(المستفيد) إلى تعويق صرف الضمان للمستفيد . وقد كشفت الأحداث في إيران عن
أن مثل هذه المخاطر ليست مجرد افتراضات نظرية . وبصفة عامة فإنه في كثير من
حالات عقود التجارة والتنمية الدولية يحتاج الأمر إلى إصدار « خطاب ضمان
خارجي » وهو الخطاب الذي يكون صادراً بناء على طلب عميل غير مقيم ، أو لصالح
مستفيد غير مقيم . وقد يكون كل من العميل والمستفيد غير مقيم أيضاً .

فاذا تقدم على سبيل المثال مقالو أجنبى من بلده إلى مناقصة تجهيز مشروع فى مصر ، فانه قد يستصدر خطاب الضمان الابتدائى اللازم للمناقصة من بنك فى الخارج لصالح الجهة طالبة المناقصة فى مصر . وقد يرسو العطاء على ذلك المقالو غير المقيم ، فيكلف بالتقدم بخطاب الضمان النهائى المستلزم لضمان حسن تنفيذه للأعمال التى رسا عليه القيام بها .

كما قد يقع على عاتق العميل المقيم (رب العمل) على سبيل المثال ان يدفع بمقتضى العقد المبرم بينه وبين مستفيد غير مقيم (المقالو) الأقساط المؤجلة الناشئة عن ذلك العقد ، فيطلب العميل المقيم إلى أحد البنوك المحلية إصدار خطاب ضمان الدفعات المؤجلة لصالح المستفيد غير المقيم . وفى هذا الصدد يقدم العميل إلى البنك المحلى طلباً مشتملاً على بيانات إصدار خطاب الضمان ، مع تحديد مبالغ الدفعات المؤجلة من قيمة العملية المنفذة أو المستلزمات التى تم توريدها ، وقيمة كل قسط منها ، وتاريخ إستحقاقه ، وما قد يستحق من فوائد على الأقساط المؤجلة ، ونسبتها ، وكيفية حسابها .

وفى صدد العلاقة بين العميل والبنك والمستفيد يجدر أن يوضع موضع الإعتبار بعض الأحكام القانونية التى تقتضيها الطبيعة الخاصة لخطاب الضمان الخارجى . فمن ناحية **أولاً** : قد لا تكون ثقة المستفيد المقيم (رب العمل مثلاً) فى مقدرة البنك مصدر خطاب الضمان والمتواجد بالخارج محققة ، فيعتمد البنك المذكور إما إلى ان يطلب من البنك المراسل له فى مصر إصدار خطاب الضمان نيابة عنه لصالح المستفيد المذكور ، وإما ان يطلب من مراسله فى مصر ان يعزز خطاب الضمان الذى أصدره هذا البنك غير المقيم بنفسه ، أو ان يشترك معه فى الضمان المشار إليه .

ولا يقتضى البنك المحلى من البنك غير المقيم غطاء لخطاب الضمان الذى يصدره ، وإنما يتلقى مجرد عمولة يتفق عليها ، كما يتفق على طريقة التسوية فى حالة تسهيل الخطاب لصالح المستفيد عند أول طلب منه ويسمى هذا التعهد « الضمان المقابل » ويجب بدوره أن يكون غير مشروط .

ولذات الاعتبارات التى ذكرناها بالنسبة لخطاب الضمان الذى يأمر المستفيد المقيم بإصداره ، يصدر البنك المحلى الخطاب ويطلب إلى أحد مراسليه فى بلد المستفيد غير المقيم الاشتراك معه فى التوقيع عليه ، أو قد يكتفى البنك المحلى بتكليف البنك الأجنبى بإصدار الخطاب بعد أن يتعهد له بدفع ما يتكبده بسبب إصدار الخطاب .

من ناحية ثانية : فى حالة خطاب الضمان الصادر بناء على طلب عميل غير مقيم ، يجب على البنك الأجنبى أن يستوفى متطلبات قيود الرقابة على النقد فى بلده . وأن يخطر البنك المحلى . كما يجب فى حالة خطاب الضمان الصادر لصالح مستفيد غير مقيم أن يحصل البنك المحلى (المصرى) على موافقة الإدارة العامة للنقد على إصدار الخطاب أن كان لهذه الموافقة مقتضى .

وإذا كان العميل جهة حكومية تطلب من البنك المحلى إصدار خطاب ضمان لصالح مستفيد غير مقيم ، فعلى ذلك العميل موافاة البنك بموافقة الجهات الآتية :
(١) وزارة المالية ، وذلك للتصريح للبنك بالخصم على الحساب الجارى لتلك الجهة الحكومية لدى البنك المركزى .

(ب) البنك المركزى الذى تستلزم موافقته مقدما على إجراء الخصم المذكور .

(ج) الإدارة العامة للنقد وذلك لتدبير العملات الأجنبية اللازمة .

وهذا فضلا عما تقتضى به المادة ٦٩ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨١ من إنه « عندما ترد لحدى الجهات الإدارية كفالة ، عليها أن تتحقق

من ان المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً عن هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف في إصدارها . فإذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الإقتصاد والتجارة الخارجية ان المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له ، أخطرت الجهة المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدي إليها في ميعاد ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً . »

« من ناحية ثالثة : يعتد بسعر الصرف السائد وقت إصدار البنك المحلي لخطاب الضمان بالعملة المحلية بناء على طلب البنك الأجنبي المراسل ، فإذا طرأ تدهور في سعر الصرف لصالح العملة الأجنبية ، تحمل البنك الأجنبي مخاطر تقلبات سعر الصرف . ومن ثم يؤدي إلى البنك المحلي الفروق بين قيمة خطاب الضمان بالعملة الأجنبية وقيمتها بالعملة المحلية الصادر بها .

« من ناحية رابعة : فإنه يلزم تداركاً لكل نزاع بين البنك المراسل والبنك المحلي ان يتفق بينهما على أنه إذا وقع خلاف أو غموض في التفسير بين اللغة العربية التي صدر بها خطاب الضمان وبين أي ترجمة إلى لغة أجنبية له ، إعتد بالنص العربي دون غيره .

وتتمش وثنائق المناقصات في بعض الأحيان على أن التأمين العقدي يجب أن يقدم من مؤسسة مالية وطنية أو محلية . وهذا المطلب مقصود به حماية الجهة طالبة التجهيز من مشاكل استيفائها لمستحققاتها بالتنفيذ على التأمين متى دعت الضرورة إلى ذلك . ولا شك ، ان الشكوك قد تكون مقبولة ومنطقية في مدى يسار الجهات التي صدرت عنها تأمينات العقود متى لم يكن لها رأسمال موثف في بلد المشروع المتعاقد على تجهيزه . وعلى أي حال ، فإن تطلب ان يكون التأمين محلياً قد يرفع من

السعر المعروض من مقدم العطاء ، أو قد ينقص من عدد المتناقضين غير المحليين المتنافسين على الفوز بالمنافسة ، وبالأخص في البلدان التي لا تتمتع بسوق مالية متقدمة ، وحيث لا يكون مألوفاً الالتجاء إلى غير مثل هذا النوع من التأمينات في الممارسات المحلية . على أنه بدلاً من مجرد إستلزام أن يكون التأمين العقدى مقدماً من جهة ضمان لها وجود مالى في بلد الجهة صاحبة المشروع قد يكون من الأفضل في حالة ما إذا كان الضمان مقدماً من جهة ضمان أجنبية ، مثل بنك ليس له فرع في مصر ، وثارث شكوك من الجهة المحلية طالبة التأمين حول المركز المالى لتلك الجهة الأجنبية ، ألا ترفض التأمين المعروض تماماً ، بل تكفى بتعزيزه من قبل مؤسسة محلية تتمتع بالثقة في تعاملاتها التأمينية . فإذا كان خطاب الضمان المقدم كتأمين للعقد ، مقدماً من بنك في باريس أو نيويورك فيمكن للجهة طالبة التعاقد ، مثل وزارة من الوزارات أو هيئة من الهيئات العامة ، أن تكفى بأن يعزز بنك من البنوك العاملة والمشهود لها بالثقة في مصر خطاب الضمان المصرفى الصادر من ذلك البنك الأجنبى الذى ليس له وجود قانونى في مصر .

وفى الولايات المتحدة تحتفظ وزارة الخزانة بقائمة بأسماء مؤسسات الضمان الأمريكية الموثوق بها ، وتعمل وزارة الخزانة المذكورة على نشر هذه القائمة على المهتمين بالأمر . ويشترط فى المنشأة التى تدرج فى القائمة المذكورة أن تتوافر لها بعض المواصفات المالية ، كما أنها تخضع للإشراف الحكومى والمراجعة المحاسبية . ولايجوز أن تقبل غير هذه المنشآت المعتمدة من وزارة الخزانة فى تقديم التأمينات للعقود المبرمة مع الحكومة الأمريكية ، كما أن كلاً من هذه المنشآت لها حد أقصى مكتوب لايجوز لها أن تتجاوزه فيما تقدمه من تأمينات بشأن عقود الحكومة . وعلى تلك المنشآت أن تجدد شهادة صلاحيتها سنوياً . وتقوم وزارة الخزانة بصفة دورية منتظمة بمراجعة حسابات المنشآت المدرجة فى القائمة من أجل إستمرار صلاحيتها فى أداء التزاماتها كجهة ضامنة للعقود الحكومية أى الإدارية .

ويمكن الحصول على معلومات عن الكفاية التأمينية من مصادر أخرى أيضاً .
فهناك ، على سبيل المثال ، فى أوروبا هيتتان من أكبر هيئات إعادة التأمين ، هما
الهيئة السويسرية والهيئة الألمانية لاعادة التأمين ، تقدمان المعلومات اللازمة لمن يطلبها
عن الصلاحية المالية للعديد من منشآت التأمين والضمان . وإذا لم تكن الجهة القائمة
بالتجهيز راغبة فى ان تقوم بالتحريات بنفسها فإنها تستطيع كما توضح أنفاً ان تطلب
من مقدم العطاء ان يحصل لها على تعزيز للضمان من جانب منشأة تمويلية محلية .
وبذلك تنقل عبء التحرى فى هذا الشأن إلى منشأة أكثر صلاحية منها ، وتطمئن بذلك
الى توافر اعتمادات مالية محلية قادرة على السداد فى حالة نكوص المتعاقد عن الوفاء
بالتزاماته العقدية قبلها . وفى مثل هذه الحالة يكون على الجهة القائمة بالتجهيز أن
تتحقق من سلامة إجراءات التعزيز المتبعة ، وأيضاً من أن حصول المتناقصين على مثل
هذا التعزيز لا يستحيل إلى عبء باهظ على كواهلهم .

ويجب أن تتضمن « الأرشادات إلى المتناقصين » بيان العملة التى يجب ان يقدم
بها تأمين العقد . وهل هى عملة المناقصة ، أو عمله أو عملات أخرى يكثر أستعمالها
فى التجارة الدولية ، أو العملة المحلية . كما يجب أن تتضمن وثائق المناقصة نماذج
لكل أنواع التأمين التى يجب أن يقدمها المتناقصون . وعلى كل متناقص أن يملأ هذه
النماذج بما يتفق مع مصالحه المالية ، ويجوز فى النهاية أن تحتفظ وثائق المناقصة
لطالب المناقصة بالحق فى رفض التأمين المعروض إذا كانت لديه أسباب منطقية تبرر
مخاوفه من ضعف الفعالية المالية للتأمين المقترح .

المطلب الرابع : انهباط من خطابات الضمان :

من ضمن الأنماط المتعددة للضمانات المتاحة لمشتري مشروع من المشروعات الدولية فى عقد المقاوله الدولية أو عقد تجهيز مشروع من مشروعات التنمية المموله دولياً ما يأتى :-

١ - التامين الابتدائى ، وتامين المناقصة ، وتامين العطاء :

يستخدم التامين الابتدائى عادة فى عقود الأشغال ذات القيمة الكبيرة ، وأيضاً فى عقود توريد بضائع تتقلب فيها أسعار السوق ويفيد اشتراط التامين الابتدائى فى منع المتناقص من التقدم بعطاء غير متئى فيه ، والحيلولة دون سحب عطائه قبل انقضاء المدة المحددة للبت فى العطاءات ، وتقضى التواطىء فى المناقصات .

ويجب أن تبين الإرشادات إلى المتناقصين ما إذا كان يلزم التقدم بتأمين ابتدائى للاشتراك فى المناقصة . فإذا كان التأمين الابتدائى مستلزماً فيجب أن تبين الإرشادات المذكورة مبلغ هذا التأمين وكيفية إداائه ولن يؤدى . وفى العقود الدولية التى يتوقع ان يتقدم للمناقصة فيها مقاولون محليون ، يطلب من المقاولين المذكورين أداء التأمين الابتدائى إما نقداً أو بخطاب ضمان مصرفى أو كفالة غير مصرفية . وفى بعض البلاد ، نجد قوانينها ولوائحها تتطلب ان تؤدى مثل هذه التأمينات من خلال بنك من البنوك المحلية وغالباً ما يكون لكل من البنوك الدولية الكبيرة مراسل من البنوك المحلية . ولهذا فان إتباع ما تشترطه تلك القوانين واللوائح لا يمثل صعوبة . ومع ذلك فقد يكون الأجل المحدد لتقديم التأمين الابتدائى قصيراً أو وشيك الانقضاء . ولهذا فانه سوف يكون أكثر عملية بصفة عامة أن يتطلب تقديم التأمين الابتدائى إما من بنك من البنوك المحلية أو بنك من البنوك الدولية الموثوق فى أمانتها وحسن سمعتها ، فى صورة خطاب ضمان قطعى .

وتكون مدة صلاحية التأمين الابتدائي عادة شهراً لاحقاً على مدة سريان
العطاء .

ويجب أن ينص التأمين على إنه يضمن إحتفاظ المتناقص بعطائه قائماً مدة
محددة بالأيام ، وإنه خلال مدة محددة من إخطاره برسو الزائدة عليه ، وقبل إنتهاء
مدة صلاحية التأمين الابتدائي ، سيؤدي تأمين الأداء على النحو المبين بوثائق
المناقصة ، ويشرع في تنفيذ ما ألزمته به أحكام العقد المبرم معه . وفي حالة إخلال
مقدم العطاء بالتزاماته على نحو ما تقدم فإن التأمين الابتدائي سوف يكون قابلاً
للتسجيل وعلى المؤمن لديه الدفع .

ومن أجل عدم تثبيط الهمم عن المشاركة في المناقصة ، فإنه يجدر عدم المغالاة في
تحديد مبلغ التأمين الابتدائي ، وبصفة عامة فإنه لايجوز ان يزيد التأمين الابتدائي عن
واحد أو اثنين في المائة (١ ٪ أو ٢ ٪) من القيمة المتوقعة للعقد . وقد ترتفع قيمة هذا
التأمين إلى خمسة في المائة (٥ ٪) بالنسبة للعقود الصغيرة القيمة ، أو لأنواع
خاصة من العقود أو الظروف التي يكون فيها خطر عدول مقدم أقل العطاءات سعراً
أكثر توقعاً . وفي العقود الكبيرة يعين التأمين الابتدائي ليس على صورة نسبة مئوية بل
على صورة مبلغ محدد ، وواحد بالنسبة للمتناقصين كافة . وذلك لأنه قد يكون من شأن
تحديد التأمين الابتدائي بنسبة من قيمة العطاء ان يتمكن المتناقصون بذلك من التعرف
مسبقاً على الثمن الذي حدده كل مقدم لعطاء .

وعندما تتجاوز إجراءات تقييم العطاءات والبث فيها المدة المحددة أصلاً لصلاحية
العطاء وأيضاً لسريان التأمين ، فإنه يجب أن يطلب من المتناقصين ، مد مدد صلاحية
عطاء اتهم وتأميناتهم ، وذلك قبل إنتهاء المدد الأصلية .

ويجب أن ترد إلى المتناقصين الذين لم يرس عليهم العطاء تأميناتهم بمجرد التوقيع على العقد مع المتناقص الفائز بالمناقصة لاستنفاد الغرض من العطاء بذلك . إذ يتقرر ضمان العطاء أو التأمين الابتدائي من أجل حماية المستفيد ، أى الداعى إلى المناقصة ، ضد نكوص مقدم العطاء عن أداء ما التزم به ابتدائياً ، وينطوى التأمين الابتدائي بذلك على نوع من التحذير والتهديد بتوقيع جزاء مالى للتحقق من ان المتقدمين بعطاءاتهم فى مناقصة ما جانبون فى الالتزام بما قد ترسو عليهم به المناقصة وأن الأمر ليس مجرد إستعراض للعضلات أو إطلاق فقاعات فى الهواء فحسب ، ويغضى هذا الضمان عادة سحب المتناقص لعطائه قبل الأجل المقرر لرب العمل كى يبت فى العطاءات المقدمة إليه ، كما يغطى نكول المتناقص الذى رست عليه المناقصة من توقيع العقد ، أو نكوصه عن تكملة التأمين المطلوب منه للعهد إليه بالقيام بالتزاماته المتفق عليها ، أو سحبه لعطائه بعد أن يكون قد لقى القبول . وفى العادة فإن التأمين الابتدائي ، يجب ان يرد إلى مقدمه فى حالة عدم رسو المزاود عليه ، وذلك ما أن يقع الاختيار على المتناقص الذى سوف يبرم العقد مع المالك . على إنه كثيراً ما يتعمل رد الضمان إلى المتناقص الذى لم يرس عليه العقد . وذلك على الأخص عندما يكون قد أغفل إدراج نص خاص فى وثائق المناقصة يلزم المالك بالرد الفورى للضمان .

وفى مقام ضمان العطاء تنص المادة ١٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ بشأن المزايدات والمناقصات على إنه « يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١ ٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢ ٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك » .

وتنص المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ سالف الإشارة إليه على ان « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره

بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد إستلامه بمعرفة جهة الإدارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة بإستمارة العطاء المرافقة للشروط .

وعند إنقضاء مدة سريان العطاء فقد نصت المادة ٥٨ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت » وإستطردت الفقرة ٢ من المادة ٥٨ المذكورة إلى النص على إنه « فى هذه الحالة يصبح العطاء ملغياً وغير نافذ المفعول » فإذا لم يطلب مقدم العطاء استرداد التأمين المؤقت « اعتبر قابلاً لإستمرار الارتباط بعطائه إلى أن يصل لجهة الإدارة أخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » .

فإذا سحب مقدم العطاء عطائه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف فقد نصت المادة ٥٨ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨١ على أن « يصبح التأمين المؤقت المودع حقاً للجهة الإدارية بون حاجة إلى إنذار أو الإلتجاء إلى القضاء أو إتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدليل على حصول ضرر » .

وقد تصدت المادة ٢٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ لحالة ما إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب إيداعه فى المدة المحددة ، فنصت المادة المذكورة على أنه فى هذه الحالة « يجوز للجهة المتعاقدة بموجب إخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول وبدون حاجة لإتخاذ أية إجراءات أخرى أو الإلتجاء إلى القضاء ان تلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت » .

ويورد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان نقداً أو بشيك أو بخطاب ضمان ، وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول . (المادة ٧١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩/٨١) .

٢ - تأمين الأداء أو التأمين النهائي :

تنص وثيقة الدعوة إلى المناقصة عادة على أن المتناقص الذي سيرسو عليه العطاء سوف يطالب بتقديم تأمين أداء مقبول ، سواء أكان كفالة غير مصرفية أو خطاب ضمان أو مبلغاً يدفع نقداً ، كشرط لتكليفه بالبدء في التنفيذ وتكملة المهمة المكلف بها . وتقديم تأمين الأداء هذا يكون عادة شرط الأفراج عن التأمين الابتدائي في حالة فوز المتناقص بالعقد .

وتتطلب وثائق المناقصة في بعض الأحيان بالنسبة لمشروعات الهندسة المدنية أن يرفق المتناقص بعطائه شهادة من جهة ائتمانية مقبولة تفيد استعدادها لتقديم التأمين اللازم في حالة رسو العطاء على المتناقص .

ولما كانت خطابات الضمان المصرفية لا تغطي عادة ما يزيد على ١٠ ٪ أو ١٥ ٪ من قيمة العقد ، فقد جرى البنك الدولي على أن يشترط من ٢٥ ٪ إلى ٣٥ ٪ من قيمة العقد كحد للكفالة غير المصرفية المقدمة كتأمين إداء ، وذلك من أجل مواجهة الاحتمالات والأوضاع التي قد يتعرض لها رب العمل إزاء كون الكفالة غير المصرفية غير قابلة للتسييل بمجرد أمره بذلك . وهذا على أي حال بخلاف ما يجرى عليه العمل في الولايات المتحدة ، حيث تستلزم الحكومة في عقودها أن يكون تأمين الأداء المقدم في صورة كفالة غير مصرفية (bonds) بقدر يسمح بتغطية قيمة العقد بأكمله . والطة التي تبرر اشتراط أن تكون نسبة الكفالة غير المصرفية أعلى من نسبة ما يقدم من كفالة مصرفية أن الكفالة غير المصرفية (وعادة ما تقدم من شركة من شركات التأمين) لا يجوز تسييلها بمجرد أمر يصدر من رب العمل بذلك . على عكس خطاب الضمان القطعي الذي يمكن لرب العمل مصابره لهسابه آلياً بلا تكلفة أو كثير عناء . وفي

الواقع العملى ، فان المفاوض لا يبدر منه خطأ فى بداية تنفيذه للعقد . ومن ثم فانه حتى بالنسبة إلى كفالة غير مصرفية مقدمة بكامل قيمة العقد ، فان كمية الخطر الذى يتعرض له المؤمن عليه لا تزيد عادة على ما بين ٤٠ ٪ و ٥٠ ٪ من هذه القيمة .

ومما هو جدير بالاهتمام فى هذا المقام ان ما من جهة من جهات الإقراض الدولية الكبيرة قد اقتفت أثر البنك الدولى بالنسبة لتأمين الأداء . وعلى سبيل المثال ، فان لوائح البنك الاسيوى للتنمية تنص على أن « الشروط الخاصة بأعمال البناء تتضمن طلب كفالة غير مصرفية أو أى تأمين آخر مناسب لضمان تنفيذ الأعمال وتمامها » وتتضمن لائحة بنك أنتر أمريكان للتنمية نصاً مماثلاً . أما الصندوق الأوروبى للتنمية ، فقد نحا غير هذا المنحى معبراً بذلك عما جرى عليه العمل فى أوروبا التى تعدت أساساً بخطابات الضمان المصرفية كتأمين للعقود التى تحتاج إلى ذلك ، فنصت الشروط العامة لعقود الأشغال العامة الموضوعية بمعرفة البنك المذكور على أن يكون خطاب الضمان المصرفى الواجب تقديمه من المتناقص الذى رست عليه المناقصة كتأمين أداء بقيمة حدها ٢٠ ٪ من قيمة العقد . وتمضى الشروط العامة المشار إليها إلى أن الضمان المصرفى المذكور يجب أن يرد إلى مقدمه بمجرد مضى شهر على القبول النهائى للأعمال . وان نصف هذا الضمان يمكن أن يصرف عند القبول المؤقت للأعمال . وفى النهاية ثمة نص يسمح بتخفيض التأمين أى بالرد التدريجى لقيمة التأمين تبعاً لتقدم الأعمال متى كان رب العمل يحتجز مبالغ من مدفوعاته الجزئية إلى المفاوض . ولذا ذات الاعتبار فان المبالغ المحتجزة يمكن الإفراج عنها مقابل إرتضاء رب العمل لتأمين جديد يغطى المبالغ المعادلة لقيمة المتبقى من الأعمال . على أنه بالنسبة

للمشروعات الممولة تمويلًا مشتركاً من جانبى « الصندوق الأوروبى للتنمية » و « البنك الدولى » فإن الصندوق المذكور يسمح للمقترضين منه ان يرتضوا كفالات غير مصرفية بدلاً من خطابات الضمان المصرفية .

ويجب أن يمتد سريان التأمين امتداداً كافياً إلى ما بعد الوقت المقدر لإنجاز الأعمال ، وذلك لتغطية فترة الضمان أو الصيانة المنصوص عليها فى العقد . وفى عقود الأعمال المدنية يجب أن يتطلب تقديم كفالة غير مصرفية أو خطاب ضمان ، بالإضافة إلى إحتجاز مبالغ من الدفعات المدفوعة وأيس بدلاً لذلك ، على الرغم من أن رهيد المبالغ المحتجزة ما ان يبلغ حداً معيناً ، يجب ان يكون مسموحاً بتخفيض جملة مبلغ التأمين الأصلى .

وتأمين الأداء مقرر لكفالة حسن أداء المقاول المتعاقد لالتزامه بتنفيذ العقد . وهو ما يطلق عليه أحياناً « التأمين النهائى » بالمقابلة لتأمين العطاء الذى يطلق عليه « التأمين المؤقت » وصفة « النهائية » هنا تشير إلى قيام هذا الضمان طوال سريان العقد ولا ينقضى إلا بالأداء الكلى للعقد .

وفى صدد « ضمان الأداء » أوضحت المادة ٢٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ فى عبارتها الأخيرة طبيعة هذا الضمان والغرض منه ، فنصت على أن « يكون التأمين النهائى ضامناً لتنفيذ العقد » ولهذا كان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ منطقياً مع نفسه ، إذ اعفى من هذا التأمين بعض الجهات التى افترض عدم قيام أية شبهة فى تنفيذها للمعقود الملقة على عواتقهم فنص فى المادة ٢١ على أن تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها ، وبشرط

تنفيذها للعملية بنفسها . كما استطردت هذه المادة فنصت على إنه « ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت إعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائي إذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم » على أن النص اشترط فى هذا المقام ان يكون الإعفاء بقرار مسبب . وتضيف المادة ٧٢ من اللائحة التنفيذية إلى ذلك بعض التفاصيل والإيضاحات مقررّة أن يصدر بإعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائي ومد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠ ٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

وقد بينت المادة ٢٠ المذكورة ومن بعدها المواد ٢٢ و ٢٣ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ أحكام « التأمين النهائى » فنصت المادة ٢٠ على أنه « على صاحب العطاء المقبول أن يودع فى فترة لا تجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بكتاب موسى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ان يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى ٥ ٪ من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليه و ١٠ ٪ من قيمة العقود الأخرى فيما عدا مقاولات الأعمال ويجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠ ٪ من قيمة التأمين على ان يتضمن الإعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة » (المادة ٢٢ فقرة ١ ق ٩ / ٨١) وبالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج ، استطردت المادة ٢٠ من القانون ٩ لسنة ١٩٨١ المذكورة فنصت على أن « يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تجاوز عشرين يوما » كما نصت المادة ٢٠ على إنه «يجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام » .

من الطبيعي إلا يحصل التأمين النهائي « إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة لإيداع التأمين النهائي » ذلك أن التأمين النهائي هو تأمين إداء المتعاقد بالالتزامات التي يحملها إياه العقد ، ومادام أن المورد المتعاقد قد أوفى بالتزامات العقدية وفاء قبلته منه الجهة الإدارية قبولاً نهائياً ، فما عاد ثمة مبرر قانوني أو عملي لمطالبته بالتأمين . (المادة ٢٢ فقرة ٢ من القانون ٩ / ٨١ و المادة ٧٠ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون)

ومصادقاً على ذلك أيضاً نصت الفقرة ٢ من المادة ٧٠ اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « إذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف التي رسا عليه توريدها ، وكان ثمنه يكفي لتغطية قيمة التأمين النهائي فيخضم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ، ويحتفظ به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائي حتى تمام تنفيذ العقد » .

وقد نصت المادة ٢٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « إذا أدخل المتعاقد بأي شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق في فسخ العقد أو تنفيذه على حسابه » ويكون للجهة المتعاقدة في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق في مصادرة التأمين النهائي ، وذلك دون حاجة إلى إتخاذ أى إجراءات قضائية (المادة ٢٩ من القانون ٩ لسنة ١٩٨١) ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . (مادة ٢٨ فقرة ٢ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١) .

ومن الحالات التي تعترض مسار تنفيذ العقد وتستدعى الفسخ ومصادرة التأمين النهائي تلك الحالات التي نصت عليها المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ وهي :

- ١ - إذا أستعمل المتعاقد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة المتعاقدة .
- ٢ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطه غيره بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .
- ٣ - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ولما كان التأمين النهائى يطلب كضمان لتنفيذ العقد ، فقد كان طبيعياً بحسب أحكام المادة ٧١ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ وجوب « الإحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما بقى منه لصاحبه » وهو يرد بحسب أحكام المادة ٧١ المذكورة « لصاحبه بغير توقف على طلب منه ، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط »

٣ - تأمين المدفوعات :

وتطلب بعض الدول من مقاولى الأشغال العامة أن يرصد تأمينات لكفالة دفع مستحقات العمال والموردين والمقاولين من الباطن . ويمكن الإيفاء بهذه المتطلبات بضم التأمين اللازم لها إلى تأمين الأداء الأسمى أو بتكريس تأمين مستقل خاص بها .

٤ - ضمان سداد المدفوعات المسبقة :

وبالمثل ، فانه عندما يستدعى العقد أداء مدفوعات مقدما إلى المقاول أو المورد ، فان المتعاقد يجب أن يأخذ لنفسه تأمينا مناسباً لتنفيذ ما أنيت تلك المدفوعات من أجله ، ويكون ذلك التأمين عادة فى صورة ضمانة مصرفية لعماية رب العمل ضد مخاطر أفلاس المقاول أو إخلاله بالتنفيذ . ويجدر فى مثل هذه الحالات ان يسمح العقد بتخفيض مقدار التأمين بنسبة تعادل ما يقتطع من المدفوعات التدريجية المؤداة

تبعاً لتقدم العمل وإنجازاته المرحلية بحيث إنه إذا سارت الأمور على مايرام فإن التأمين سوف يكون مقدراً له الزوال مع نهاية العقد .

ويهدف هذا الضمان إلى السماح للمستفيد ان يسترد أى مبلغ أداء مسبقاً إلى مقابل يخفق فى أداء التزاماته التى تقاضى عنها ذلك المبلغ فى ظل العقد الأسمى . وفى هذا المقام تنص المادة ٢٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على إنه « يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد ، وذلك وفقاً للشروط والنسب والحدود والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية » وقد تولت المادة ٦٧ من اللائحة التنفيذية بيان ذلك بأن نصت على إنه « يجوز عند الضرورة الترخيص بدفع مبالغ مقدما من قيمة الأصناف أو مقاولات الأعمال أو مقاولات النقل أو الخدمات المتعاقد عليها إذا كان الدفع المقدم مشروطاً فى التعاقد وذلك فى الحدود الآتية :

لغاية ٥٠ ٪ من قيمة التعاقد بموافقة رئيس الإدارة المركزية المختص

لغاية ١٠٠ ٪ من قيمة التعاقد بموافقة الوزير المختص »

وأبرز ما يراعى فى هذه الأحكام ان الدفع المقدم يجب ان يكون « مشروطاً فى التعاقد » ولهذا كان حيوياً بالنسبة للمقاول الذى يرغب فى الافادة من ميزة الدفعات المسبقة الا يغفل عن النص على ذلك فى العقد الذى يبرمه مع الجهة الإدارية المتعاقدة .

وقد استطردت المادة ٦٧ من اللائحة التنفيذية المذكورة إلى النص على ان « يكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان بنكى معتمد بنفس القيمة والعملية وغير مقيد بأى شروط وسارى المفعول حتى تاريخ إنتهاء تنفيذ العقد » ويجدر ان نلاحظ هنا أن هذا النص يقرر قاعدة أصولية فى صرف الدفعات المسبقة إلى المقاولين المتعاقدين ألا وهى أن الدفعات المسبقة يجب أن تكون لقاء خطاب ضمان مصرفى ، وقد إستلزمت هذه المادة ان يكون خطاب الضمان المذكور غير مشروط ، وبذات العملة

التي تؤدي به الدفعة المسبقة ، وسارى المفعول حتى تاريخ الإنتهاء من تنفيذ العقد كما أضافت المادة ٦٧ المذكورة أنه « يجب فى جميع الحالات ان يكون الدفع المقدم فى حدود الاعتمادات المبرجة بالموازنة عن السنة المالية التي يتم فيها التعاقد »

كما أضافت المادة ٦٨ من اللائحة التنفيذية فى صدد الدفع المقدم الحكم الآتى :
« يراعى عند المفاضلة والمقارنة بين العطاءات إضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت فى المناقصة إلى قيمة العطاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدما ، وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى » .

٥ - ضمان الدفعة الأخيرة :

ويعمل هذا الضمان على غرار نظام السداد المؤجل ، وله من الأغراض ما لتأمين الأداء . وعند سداد كل دفعة من الدفعات المستحقة للمقاول يقتطع من دفعات السداد الجزئى هذه نسبة كضمان للدفعة الأخيرة . فالمفروض أن أداء المقابل يسير سيراً متناسباً مع العمل المؤدى . ويفرج عن هذا الضمان فى تاريخ أو تواريخ يتفق عليها ، وهى عادة عند القبول النهائى للأعمال من جانب المالك . وفى هذا المقام تنص المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ على أن « يصرف للمقاول دفعات على الحساب تبعا لتقدم العمل على النحو الآتى :

(١) ٨٠ ٪ من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠ ٪ من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلا بشرط ان تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها وان تكون مشونة بموقع العمل فى حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلى اللازم وذلك من واقع فئات العقد .

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتاً تقوم جهة الإدارة بتحرير الكشف الختامية بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائياً بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمي الدال على ذلك يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

وجدير بالملاحظة ان ما يصرف للمقاول عند تسليم الأعمال نهائياً وبعد مدة الضمان ليس فحسب التأمين النهائى ، بل وأيضاً باقى حسابه بما فى ذلك ضمان الدفعة الأخيرة السابق خصمه من كل دفعة صرفت للمقاول على الحساب تبعاً لتقدم الأعمال . وكان يجدر ان يتناقص حجم الضمان النهائى ، وضمان الدفعة الأخيرة كلما زاد حجم العمل المؤدى لصالح المالك . وقد أضحى ذلك مطلباً من المطالب التي يلح عليها المقاولون الدوليون وأرباب التجارة الخارجية ، ولكن هذا الانقاص فى مقدار الضمان تبعاً لزيادة ما يكون المالك قد تلقاه من المقاول من حجم الأعمال كثيراً ما يغفل النص عليه فى وثائق المناقصة أو الضمان .

٦ - ضمان الصيانة :

يفطى ضمان الصيانة التزام المقاول بصيانة المنتج لفترة محددة من الوقت بعد إنجاز المشروع . ويستخدم هذا الضمان عادة بالنسبة لعقود تسليم مفتاح وتمتد مسئولية المقاول فى ظلها إلى ما هو أبعد من تاريخ بدء التشغيل بفترة محددة تسمى بفترة الصيانة ، وهى فترة يظل فيها المقاول مسئولاً عن صلاحية المشروع وأن كان قد سلمه إلى مالكه .

التأمينات أقل فى عقود التوريد :

فى عقود توريد البضائع ، لا يتطلب أكثر من تأمين واحد عادة وفى الأحوال المألوفة ، فإن المورد أو المنتج يجب أن يقدم إما كفالة أو اعتماداً مخصصاً ، تبعاً لأعراف السوق بالنسبة لنوع البضاعة ، ومدة التسليم ، ومدى المخاطر ، وغير ذلك من الاعتبارات المتعلقة بالصفقة . وعلى أى حال ، فإن التأمين يجب أن يكون فى حدود معقولة ، وأن يتجاوز فترة الضمان .

كل حالة بظروفها :

ومن الجلى ان شروط الضمانة المقدمة لمصلحة المشتري فى كل حالة بعينها سوف تعكس قدرة الأطراف على المساومة . وفى كثير من الأحيان ، على أى حال ، فإن المشتري سوف يرفض ان يرتضى ما هو أقل من ضمان غير مشروط وفى الحالات القليلة التى يرتضى فيها ضمان مشروط فإن قيمة الضمان تميل إلى ان تكون أعلى بكثير مما لو كان الضمان المتفق عليه ضماناً غير مشروط ، أى قابل للدفع عند أى طلب . وفى بعض البلدان مثل بلدان الخليج العربى فإن عقود الأشغال العامة كلها يجب ان تكون مكفولة بضمانات غير مشروطة . وفى ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨١ بشأن المناقصات والمزايدات فى مصر نجد احكاماً مقاربة فى المادة ٦٨ وما بعدها من اللائحة التنفيذية لذلك القانون . فقد نصت هذه المادة على ان :

١ - تؤدى التأمينات نقداً

٢ - وإذا كان لمقدم العطاء مبالغ مستحقة له لدى جهة الإدارة فيجوز له طلب خصم قيمة التأمين من هذه المبالغ ، بشرط ان تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية .

٣ - ولا يجوز ان يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة . على أنه يجوز ان تقدم كفالة بقيمة التأمين إذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيهاً .

٤ - وتقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المحسوبة عليه ، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج ، بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة . ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية .

٥ - إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة ، ولأى يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازى التأمين المؤقت ، وأنه مستعد لدائه بأكمله أو تحديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادرة لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء . وإذا كانت الكفالة محدودة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات . وبالنسبة للتأمين النهائي فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد إنتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، إلا إذا أُنقِل على غير ذلك .

وعندما ترد لإحدى الجهات الإدارية كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص لها فى إصداره كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى إصدارها .

فإذا تبين عند مراجعة الأخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة المختصة فسوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدي إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً ، .

المبحث الثالث

ضمانات التنفيذ الإضافية

تعرف العقود الدولية بعض ضمانات التنفيذ الإضافية ، نورد موجزاً لاحكامها فيما يلي :

(١) التعويضات الإتفاقية وحوافز الإنجاز المبكر :

تنص الشروط العامة للعقد عادة على أن لرب العمل ان يستوفى مبالغ متفق عليها كتعويض له عن أخفاق المقاول في إنجاز الأعمال خلال الفترة الزمنية المتفق عليها . ومن المألوف كثيراً ان هذه التعويضات الإتفاقية يرد تحديد لقيمتها في الشروط الخاصة للعقد ، وكى يكون التعويض الإتفاقي صحيحا ، فان القانون الإنجلوساكسونى يشترط ان يقدر تقديراً مسبقاً ومعقولاً ، بحسب الضرر الذى يحتمل ان يقع فعلا على رب العمل فى حالة التأخير فى الإنجاز . وبصفة عامة فان التعويض الإتفاقي يعتبر مقبولا متى كان بواقع ٠.١ ٪ يومياً من قيمة العقد .

على انه يجرى العمل أيضاً ، على النص فى العقد على مكافأة (بونص) تمنح كحافز للتبكير فى الإنجاز . ويعتبر هذا التدبير أكثر فعالية فى منع التأخير وتقاديه من النص على توقيع جزاء مالى (تعويض إتفاقي) على المقاول كلما بدا عليه التأخير فى الإنجاز فقد أثبت العمل فى كثير من الأحيان على ان الحافز أفضل من الجزاء فى البلوغ بالعمل إلى التمام والكمال . ويجب أن تنظم مكافأة التبكير هذه فى الشروط الخاصة للعقد . وفى كثير من الأحوال ، نجد أن مبالغ حوافز التبكير تعادل المبالغ المقررة كتعويض إتفاقي .

ويجب أن يبين العقد العملة التى سوف يدفع بها كل من التعويضات الإتفاقية أو مكافآت الأنجاز المبكر .



(ب) التزامات الضمان القانونية :

تفرض أغلب الأنظمة القانونية بعض الضمانات في العلاقات التعاقدية وتسرى هذه الضمانات عادة بين المتعاقدين ما لم ينص في العقد صراحة على غير ذلك . ويفترض عقد البيع قانوناً أن البائع تعهد قبل المشتري بأن البضاعة المباعة قد أستوفت حداً من الجودة ، وتوافر لها مستوى معين ، وهذا المستوى يمكن ان يوضح صراحة ، وقد يعنى المتعاقدان بالنص على هذا المستوى من الجودة في العقد ، وذلك بوصف البضاعة المطلوب شرائها في العقد ، أو بالإحالة إلى عينة أو نموذج ، أو بتحديد معيار مكتوب كالإحالة إلى مواصفات معينة . وقد يحدد في العقد مدة لقيام هذا الضمان أيضاً . فإذا لم يحدد مدة لذلك ، سرت المدد المنصوص عليها في القانون ، ولكنها على أى حال قابلة للتديد والتقصير بحسب ما يرتضيه المتعاقدان أيضاً . وهذه الضمانات نوعان ، صريح وضمني .

والضمان الصريح ، هو ما يجب أن ينص عليه ويحدد صراحة في العقد المكتوب . وفي حالة التخلف عن النص صراحة على الضمان في العقد المكتوب ، أو في حالة النص صراحة على إستبعاده ، فقد تظل تسرى ضمناً بعض الضمانات وفقاً لأحكام قانون الدولة التي يبرم في ظل نظامها العقد أو التي سوف يتخذ على إقليمها . وهذه الضمانات تسمى بالضمانات الضمنية بالمقابلة لسابقتها التي تسمى بالضمانات الصريحة . وعلى سبيل المثال فإن القانون التجارى الأمريكى الموحد يتضمن النص على عديد من هذه الضمانات الضمنية في إطار عقود التجارة الدولية . وتقوم هذه الضمانات على افتراض الآتى :

(أ) البائع يتمتع بسمعة طيبة .

(ب) البضاعة تتوافر لها الصلاحية للغرض العام الذى تستخدم من أجله عادة .

(ج) فإذا كانت البضاعة مشتراه من أجل غرض خاص أحيط به البائع علماً وقت إبرام العقد ، فيتعين توافر صلاحية البضاعة لهذا الغرض الخاص .

والطرفين الحرية أن يقيما فيما بينهما الضمانات الصريحة التي يرتاحان إليها ، ويوضحا أبعادها ومعالمها كتابة في العقد المبرم بينهما . ويعنى النص على ضمان صريح ، أو ضمانات صريحة أنه ليس ثمة ضمانات أخرى ضمنية في العقد تتجاوز الحدود المرسومة للضمان أو الضمانات الصريحة . ومن ثم فإن الضمانات متى نص صراحة عليها في العقد كان مفاد ذلك أن الطرفين قد إرتضيا هذه الضمانات دون أى ضمانات أخرى لم يفصحا عنها متى كانت هذه الضمانات بحسب القانون المطبق جوازية ، على أنه في ظل بعض النظم القانونية ، تعتبر بعض الضمانات قائمة في العقد بقوة القانون حتى لو نص المتعاقدان صراحة على استبعادها .

وقد جرى العرف التجارى اتباعا لهذا على أن منتجى العدد والآلات يقدمون للعملاء ضمانات نمطية خاصة بالتصميم والمصنعية والخامة ، وهذه الضمانات النمطية أو النموذجية تقوم عادة على ضمان البضاعة المباعة لعدد محدد من الشهور ، أو ساعات التشغيل ، أو حد أقصى من الأميال بالنسبة للمركبات .

وفى المناقصات الدولية التنافسية ، يكون من المفيد للمشتري بالنسبة لتوريد المصانع والمعدات والآلات أن يوضح تفصيلا الضمان الخاص الذى يطلبه تبعا لمكونات البضاعة الموردة . وذلك ليتفادى احتمال عرض المتناقصين مدد ونطاق ضمان تختلف من متناقص وآخر ، مما يجعل من الصعب التقييم والمقارنة . وضمان التصميم والمصنعية والخامة يتضمن عادة التزام البائع بأن يستبدل أى جزء أو مكون يبين تلفه أو إخفاقه عن تأدية التشغيل المطلوب خلال مدة الضمان . وفى عقود شراء أسطول كبير من المركبات أو الماكينات يجدر بالمشتري أيضاً أن يحصل من البائع على ضمان

ضد « العيوب النمطية » type defects وهذا الاصطلاح يشير إلى نوع من العيوب أو العوار يظهر على جزء من وحدات الخامة الموردة ، وليس عليها كلها ، ولكن بالنظر إلى طبيعة العيب أو العوار فإن الاحتمال متوافر أن يظهر العيب أو العوار على بقية وحدات البضاعة ويمتد إليها . وفي ظل مثل هذا الضمان فإن ظهور « العيب النمطي » سوف يلزم البائع بأن يستبدل المكون أو الجزء المعيب ، لا في بعض وحدات المركبات أو الماكينات المباعة فحسب بل في كلها .

وبالإضافة إلى ضمان التصميم والمصنعية والخامة بالنسبة لبعض أصناف الماكينات والمصانع ، فإنه من المفيد أيضا التفاهم على بعض ضمانات الأداء صراحة ، مثل ما يتعلق باستهلاك الوقود وإنتاجية الماكينة .

الفصل الرابع

القواعد الموحدة لضمانات العقد

(الصادرة عن غرفة التجارة الدولية)

المبحث الأول

القواعد الموحدة ل ضمانات العقد

(النشرة رقم ٣٢٥ فى ٢٠ / ٦ / ١٩٧٨)

تقديم :

أصبحت المشروعات الدولية تعمل كثيرا على التأمين الابتدائى وتأمين الأداء وتأمين رد المدفوعات ، بحيث أصبحت هذه التأمينات معلماً أساسياً فى ممارسات التجارة العالمية .

وقد أمضت لجان غرفة التجارة الدولية المعنية بالتعاملات المصرفية والممارسات التجارية عدة سنوات فى دراسة موضوع هذه التأمينات أو الضمانات للتوصل إلى أحكام نموذجية بشأن إصدارها . ونشرت غرفة التجارة الدولية نتائج هذه الدراسات بإسم « القواعد الموحدة ل ضمانات العقود » وقد اسند إلى برنارد وبييل Bernard S Wheble رئيس لجنة المعاملات المصرفية بغرفة التجارة الدولية كتابة مقدمة لنشرة غرفة التجارة الدولية لهذه القواعد الموحدة مع التعليق عليها .

والفرض الذى تستهدفه هذه القواعد هو تحقيق توازن عادل بين المصالح المشروعة للأطراف المعنية من بنك وعميل ومستفيد ، وقد وضعت هذه القواعد فى صيغتها النهائية بالتعاون الوثيق مع هيئات دولية معنية ، وعلى الأخص « لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية » (يونسيترال) United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

وقد أملت غرفة التجارة الدولية - على حد قول أمينها العام كارل - هينريك وينكويسـت Carl - Henrik Winquist - أن تسهم هذه القواعد فى ترسيخ ثقة أكبر فى التجارة الدولية متى بنيت على أساس من ضمانات عقدية وعطيدة .

مقدمة :

كتب برنارد وبيبل رئيس لجنة المعاملات المصرفية بغرفة التجارة الدولية فى المقدمة التى عهد إليه بكتابتها لنشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٢٢٥ بالقواعد الموحدة لضمانات العقود - كتب يقول أن الضمانات الممنوحة من قبل البنوك ، وشركات التأمين ، وغير ذلك من الكفلاء على صورة تأمين ابتدائى للمناقصة ، وتأمين أداء تلك المناقصة ، وتأمين المدفوعات بالنسبة للمشروعات المنفذة فى بلد آخر بشأن توريد سلع أو خدمات أو تشييد أعمال هى أداء هامة من أدوات التجارة الدولية .

وبصفة عامة ، فإن الغرض من التأمين الابتدائى (Tender or bid bond) هو تقديم تأكيد من جانب الطرف المتقدم بمطائه أنه سوف يلتزم بمطائه إذا مارست عليه المناقصة وإبرم العقد المتناقص عليه .

وبالمثل فإن ضمان الأداء performance guarantee يقصد به تقديم حماية للمستفيد ضد الطرف الذى رست عليه المناقصة فيما لو أخفق فى أداء التزاماته التى يحملها بها العقد المبرم نتيجة رسو المناقصة عليه ، وهى بطبيعتها تحتاج إلى فترة من الوقت لإنجازها .

وأخيراً ، فإن ضمان المدفوعات repayment guarantee يحمى مصالح الطرف الذى أرسى المناقصة بشأن استرداد المدفوعات أو الدفعات المسبقة المؤداة منه متى لم ينفذ المتعاقد الراسى عليه المزايد التزاماته التى تعهد بها وفقاً لشروط العقد المبرم .

واستطرد برنارد وبيل في مقدمته المشار اليها يقول :

وهكذا ، فإنه في كل نوع من أنواع الضمانات المذكورة توجد أطراف ثلاثة ، تختلف مصالحهم وقد تتضارب ، على النحو الآتي :

المستفيد beneficiary وهو الداعي إلى المناقصة ثم المرئى للعقد وهو يريد إما أن يحصل على مبلغ من المال يعوضه في حالة ما إذا أخل مقدم العطاء بالتزامه الذي يفرضه عليه تقدمه للمناقصة بعدم سحبه لعطائه قبل المدة المحددة للمفاضلة بين العطاءات المقدمة أو إذا رسا العقد على أحد المتقدمين بعطاءاتهم الا ينكص هذا الأخير عن إبرام العقد والبدء في تنفيذه ، فإذا ما أبرم العقد وشرع في التنفيذ أن يمضى فيه على ما يرام . كما يريد المستفيد أن يضمن أنه في حالة ادائه لدفعات إلى الذي رسا عليه المزاو وأقبل على التنفيذ فإنه سوف يستطيع أن يسترد مبلغ تلك المدفوعات إذا لم يستحقها من دفعت إليه ، وامتنع عن ردها إليه إما لعدم رغبته في التنفيذ أو عجزه عنه .

والمقدم إلى المناقصة principal ولو لم ترس عليه ، أو المتقدم إليها فرست عليه ، لا يريد أن يجد نفسه مجبراً بسبب تقدمه بالضمان على أن يدفع مبالغ لاوجه لالتزامه بها حالة كونه قد أدى التزاماته التي يفرضها عليه مجرد تقدمه بالعطاء وعدم فوزه به أو تنفيذه لمقتضيات العقد الذي رسا عليه .

والضامن guarantor سواء كان بنكاً أو شركة تأمين أو أى طرف آخر ، يريد أن يكون ما يطالب بإدائه في حدود الضمان الذي تقدم به ، دون أن يخشى ضالعا فيما قد يطرأ من نزاعات محتملة بين الداعي للمناقصة الذي قد يصبح مرسياً لها على أحد المتقدمين وبين المتقدم للمناقصة سواء لم ترس عليه أو تقدم لها ورست عليه ودخل في تنفيذ العقد الذي رسا عليه ووقعه .

ولهذا ، فإن « ضمانات العقد » يقع عليها تحقيق مهمة صعبة ، تتمثل في إيجاد توازن عادل بين المصالح المشروعة للأطراف الثلاثة وتحديد حقوق وواجبات هذه الأطراف بالدقة الكافية لتفادي المنازعات .

ولأسوء الحظ ، فإن هذه المفاهيم لم تلق على الدوام حسن التقدير أو حسن التطبيق عملاً . وقد قدر لنقص الخبرة في بعض الأحيان ، وانتعسف أحد الأطراف في ممارسة ماله من حقوق في أحيان أخرى ، أن يقضى إلى إيجاد مراكز غير متكافئة مؤدية إلى منازعات وقلقل . وفي هذا ما يعوق نمو العلاقات التجارية الدولية .

واستطرد برنارد ويبييل في مقدمته المشار إليها موضحاً موقف غرفة التجارة الدولية في هذا المقام ، فقال :

ولهذا فقد عمدت غرفة التجارة الدولية ، بالتعاون الوثيق مع منظمات حكومية ودولية معنية ، وعلى الأخص « لجنة القانون التجارى الدولى بالأمم المتحدة » (يونسيترال) إلى إعداد مجموعة من « القواعد الموحدة لضمانات العقد » " Uniform Rules for Contract Guarantees " بهدف توحيد الممارسات بناءً على تحقيق توازن عادل بين مصالح الأطراف المعنية مع مراعاة الهدف التجارى للضمانة ، أو بعبارة أخرى بغيّة ضمان توافر المقدرة المالية لدى طرف ثالث مستقل من أجل السداد للمستفيد في حالة ما إذا كان مطلبه في هذا السداد مشروعاً .

وعند صياغة هذه القواعد ، بذلت العناية للحفاظ على أقصى قدر ممكن من المرونة للإيفاء بمتطلبات الدولوات المبيّنة فيما تقدم ، وأيضاً مع ارساء مبدأ الحاجة إلى تبرير المطالبة بالوفاء في ظل الضمانة ، واحترام الأخلاقيات في هذا المقام مع عدم المساس بأعراف الضمانات العقدية . وهذا كله بوجاء أن تزدهر التجارة الدولية على أساس الضمانات العقدية في جو من الثقة بها .

ومن أجل هذه الاعتبارات ، روى ألا يكون التركيز على خطابات الضمان القابلة للتسييل بمجرد الطلب دون حاجة إلى استلزام دليل قائم بذاته على شرعية المطالبة ، أى استنادها إلى سند واقعى صحيح . وعلى الرغم من أن القواعد الموحدة لضمانات العقد أى الوثيقة رقم ٣٢٥ لا تشجع مثل هذه الضمانات ، ولم توضع لتطبق عليها

(بل وهناك شواهد على الاتجاه فى مناطق كثيرة إلى نبذ استخدامها فى عقود التجارة الدولية لما تكشف من مضارها الاقتصادية) إلا أن المتعاقدين الذين يرغبون على أى حال فى استخدامها ليس ثمة ما يمنهم عندئذ من أن يكون تطبيقهم للقواعد الموحدة محل الوثيقة رقم ٣٢٥ جزئياً .

كما أنه وجد انه من غير المفيد عملاً الخوض فى الموضوع المعقد الخاص بطبيعة هذه الضمانة ، هل هى التزام أصيل ومستقل أم إنها التزام تبعى لالتزام آخر ، وذلك لإختلاف وجهات النظر فى ظل التشريعات المحلية . وبدلاً من ذلك ، فقد وجه الاهتمام على نحو أكثر واقعية إلى الشروط المؤدية للسداد بمقتضى الضمانة ، والاعتراضات والدفع الجائز قبولها من جانب الضامن .

وفيما عدا بعض الاستثناءات القليلة (أنظر المواد ٧ / ٣ و ٨ / ٢ و ١١ / ٢) فإن العلاقة بين الأمر بإصدار خطاب الضمان والبنك مصدر خطاب الضمان لم تعالج فى هذه القواعد ، فقد وضع فى الحسبان أن مسألة رجوع البنك الضامن على الأمر بإصدار الضمان ، أقل حاجة إلى وضع الضوابط بشأنها من العلاقة بين المستفيد والضامن .

سحتوى الوثيقة :

وتتألف « القواعد الموحدة لضمائنات العقد » من إحدى عشرة مادة . كما تضمنت نشرة غرفة التجارة الدولية بباريس رقم ٣٢٥ بعض التعليقات الشارحة لأحكام هذه المواد .

وتحدد المادة الأولى من « القواعد الموحدة لضمائنات العقد » المشار إليها اطار تطبيق هذه القواعد . وتقوم المادة الثانية بتعريف بعض المصطلحات المستخدمة فى هذه القواعد على نحو ما سيرد ذكره . وتتطرق المادة الثالثة بعد ذلك إلى بيان « مسئولية الضامن قبل المستفيد » وتحدد المادة الرابعة « آخر ميعاد للمطالبة » وتبين

المادة الخامسة أحكام « انقضاء الضمان » ثم تنطبق المادة السادسة إلى أحكام « إعادة الضمان » . وتتكمّل المادة السابعة عن « التعديلات التي ترد على العقود والضمانات » والمادة الثامنة عن أوضاع « تقديم المطالبة » والمادة التاسعة عن « المستندات المدعّمة للمطالبة » أما المادة العاشرة فتتطرق إلى « القانون الواجب التطبيق » وأخيراً تتعرض المادة الحادية عشرة « لتسوية المنازعات » .

أحكام الوثيقة :

ونمضى فيما يلي إلى استعراض أحكام مواد القواعد الموحدة لضمانات العقد مدعّمة « بالتعليقات » ذاتها إلى أوريثتها الوثيقة رقم ٣٢٥ المشار إليها على كل من موادها .

أولاً الإطار :

عن إطار سريان « القواعد الموحدة لضمانات العقد » أوضحت المادة الأولى من الوثيقة ما يلي :

١ - تطبق هذه القواعد على أي ضمان ، أو وثيقة ، أو تأمين ، أو تعويض ، أو ما شابه ذلك من تعهدات ، أو أي التزام سمي أو وصف (« ضمانا ») متى نص فيه على أنه خاضع للقواعد الموحدة بشأن ضمانات العطاء والأداء وإعادة المدفوعات (« ضمانات العقد ») الموضوعية بمعرفة غرفة التجارة الدولية (إصدار رقم ٣٢٥) ومقيداً لكافة الأطراف بأحكامه ، ما لم ينص على خلاف ذلك صراحة في الضمانة أو في أي تعديل لها .

ويقول التعليق على هذه الفقرة أن تطبيق القواعد الموحدة لضمانات العقد أمر اختياري ، وهو ما يعني إنه يجب أن يثبت في عبارات وثيقة الضمان ذاتها أنه : « خاضع للقواعد الموحدة لضمانات العطاء والأداء واسترداد المدفوعات (ضمانات العقد) التي قررتها غرفة التجارة الدولية (إصدار رقم ٣٢٥) » وعندئذ سوف تكون القواعد ملزمة للطرف ، ما لم ينص في الضمان أو في أي تعديل لاحق له على أن يكون تطبيق تلك القواعد تطبيقاً جزئياً .

وإمكانية هذا التطبيق الجزئي تمكن الأطراف أن يوافقوا على تطبيق القواعد على الضمانات التي تدفع عند أول مطالبة ، وذلك بالنص على استبعاد أحكام المادة ٩ من التطبيق .

ويلاحظ إنه لتفادي الصعوبات ، عندما تكون الضمانات التي على عاتق المتقدم إلى المناقصة واجبة بالنسبة لمشروع بعينه ، فإنه من المفيد لذلك المشروع أن ينص في الدعوة إلى التقدم بالعطاءات على أن قواعد غرفة التجارة الدولية سوف تطبق على أى من الضمانات .

٢ - في الأحوال التي تتعارض هذه القواعد مع قواعد في القانون واجب التطبيق على الضمانة ، ولا يجوز للأطراف الخروج عليها ، فإن قواعد هذا القانون هي التي تطبق .

وقد يحدث في بعض البلاد أن تكون قواعد غرفة التجارة الدولية كلها أو بعضها ممتنعة التطبيق . وعلى سبيل المثال ، عندما ينص على وجوب ان تقام المطالبة عن ضمانة في مدة زمنية حددها القانون أو طوال أن يكون صدك الضمان في يد المستفيد ، بصرف النظر عن أى مدة إنقضاء مبينة في الضمانة .

وقد وردت في هذا الشأن بالتعليقات ملاحظة مؤداها أن الأمانة وسلامة التعامل توجبان على الطرف الذي يكون على بينة من مثل هذه القواعد في قانون بلاده ، سواء كان هذا الطرف هو المتقدم إلى المناقصة أو كان طرفا متلقيا لأمر أو ضامنا أو مستفيدا ، أن يخبر الطرف الآخر بذلك في وقت إصدار الضمان . ولهذا الأمر أهميته على الأخص عندما يكون الضمان معطى من قبل ضامن في بلد غير بلد المستفيد بناء على طلب طرف أمر في بلد آخر .

وعندما يكون القانون أو اللوائح التنفيذية له في بلد من البلاد قد وضع لضمانات بعض العقود ، مثل العقود الإدارية ، قواعد لا يجوز العلول عنها أو تعديلها وكانت هذه

القواعد الآمرة جزءاً من القانون الواجب التطبيق بالنسبة للضمان (أنظر أيضاً المادة ١٠) فإن أحكام القانون سوف تملو على قواعد الوثيقة ، كما تملو على أى بنود أخرى فى عقد الضمان .

ثانياً : التعاريف :

أوضحت المادة الثانية من القواعد الموحدة لضمائن العقد إنه بالنظر إلى هذه القواعد فإن :

(١) « ضمان العطاء » يعنى تعهداً مقدماً من بنك ، أو شركة تأمين ، أو من غيرهما ويسمى مقدم هذا الضمان (الضامن) وهو يقدمه بناءً على طلب متقدم إلى مناقصة ويسمى هذا الطالب (المصدر) أو نزولاً على تعليمات بنك ، أو شركة تأمين ، أو غيرهما بناءً على طلب المصدر ويسمى هذا الطرف (الطرف الأمر) ويقدم هذا التعهد إلى طرف دأع إلى التتقدم بعطاءات ويسمى (المستفيد) ويمقتضى هذا التعهد يلتزم الضامن ، فى حالة إخلال الأمر بالتزاماته الناشئة عن تقديم العطاء بأن يؤدى مدفوعات إلى المستفيد فى حدود مبلغ معين من المال .

(ب) « ضمان الأداء » يعنى تعهداً مقدماً من بنك ، أو شركة تأمين أو من غيرهما (الضامن) بناءً على طلب مورد سلع أو خدمات ، أو متعاقد آخر (المصدر) أو نزولاً على تعليمات بنك ، أو شركة تأمين ، أو غيرهما (الطرف الأمر) إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) ويمقتضى هذا الضمان يتعهد الضامن - فى حالة إخلال المصدر بالتتفيذ السليم لشروط عقد بينه وبين المستفيد (العقد) - بأن يؤدى مدفوعات إلى المستفيد فى حدود مبلغ معين من المال ، أو أن يرتب لتتفيذ سليم للعقد إذا كان الضمان ينص على ذلك .

(ج) « ضمان رد المدفوعات » يعنى تعهداً مقدماً من بنك ، أو شركة تأمين أو غيرهما (الضامن) بناءً على طلب مورد سلع أو خدمات ، أو متعاقد آخر (المصدر) أو مقدماً نزولاً على تعليمات بنك ، أو شركة تأمين ، أو غيرهما بناءً على طلب المصدر

(الطرف الأمر) - تعهداً مقدماً إلى مشتر أو رب عمل (المستفيد) وبمقتضاه يلتزم الضامن - فى حالة تخلف المصدر عن دفع أى مبلغ أو مبالغ دفعت مقدماً من المستفيد إلى المصدر ولم ترد إليه وفقاً لأوضاع وشروط عقد مبرم بين المصدر والمستفيد (العقد)- يلتزم بأن يودى إلى المستفيد مدفوعات فى حدود مبلغ معين من المال .

وتحاول هذه المادة بحسب ما أوردته الوثيقة من تعليقات أن تبين طبيعة الضمانة (أنظر المقدمة) نون أن ترتب أى نتائج قانونية على هذه الطبيعة . فهذه المادة إنما تحدد وتسرد فحسب الأوضاع المختلفة للضمانات التى وضعت هذه القواعد لتطبق عليها ، وذلك كالآتى :

(أ) بيان الأطراف الضالعة فى مختلف انماط عملية ضمان العقد وذلك على أساس من الدور التجارى الذى يلعبونه فى مثل هذه العملية .

(ب) الاعتراف بأن بعض الضمانات ليس مسموحاً بها قانوناً فى بعض البلاد إذا صدرت من ضامن خارج بلد المستفيد ، ومن ثم يراعى صدورها من ضامن محلى أى ضامن فى بلد المستفيد ، أو بعبارة أخرى من ضامن محلى يعمل لحساب مصدر أو أمر .

(ج) بيان أمكانية « أن يرتب الضامن لأجل أداء العقد » بدلاً من « أن يقوم بالسداد للمستفيد فى حدود مبلغ معين من المال » .

(د) إبراز أهمية العلاقة بين أداء الضامن لالتزامه وبين إخلال المضمون بالتزامه ، بمعنى التعويل على ألا يكون أداء الضامن لالتزامه إلا متى كان ثمة إخلال من جانب المضمون بالتزامه .

ثالثاً : مسؤولية الضامن قبل المستفيد :

وفى حدود بيان هذه المسؤولية وأحكامها تقرر المادة الثالثة من القواعد الموحدة ما يأتى :

١ - الضامن غير مسئول قبل المستفيد إلا وفقا للأوضاع والشروط المنصوص عليها فى الضمان وفى هذه القواعد ، وبما لا يجاوز المبلغ المنصوص عليه فى الضمان. وتزيد « التعليقات » هذا الأمر إيضاحاً ، فتقرر أن ريبط مسئولية الضامن ازاء المستفيد بالعبارة التى صيغت فيها الضمانة هو أقصى ما يمكن أن تأتى به القواعد لتحديد طبيعة الضمانة ويجب أن توفر عبارات الضمانة الدليل على ما إذا كان الضامن يتحمل بمقتضى الضمانة التزاما أصليا أم التزاما تبعياً وفقا لما قد يتضمنه القانون الواجب التطبيق على الضمانة من تحديد لمفاهيم كل من هذين الالتزامين .

ويدعو ذلك إلى مراعاة الوضوح والدقة فى صياغة الضمانة لترتيب الأثر القانونى المناسب لما هو معنى به تجاريا . ومن الجوهرى تبين الضمانة بجلاء ماذا يريد الضامن والمستفيد أن يوضحاه . وعلى وجه التحديد ، ما الذى سوف يجب على الضامن أن يدفعه ، ومتى يكون هذا الدفع .

وبالنسبة لضمان العطاء ، على سبيل المثال ، فإنه قد يبدو مرغوبا فيه أن :

(أ) يكون مبلغ الضمان أو نسبته محدداً بواقعية ، ويتفادى فيه طالب العطاء الانشغال المفرط بتأمين جانبه ، إذ إنه بغير ذلك قد لا تتأتى للدعوة إلى المناقصة استجابة مرضية ، أو قد يكون ثمة بعض الانعكاسات على سعر العطاء ، لغير صالح الطرف الداعى للمناقصة وذلك إذا جاء تحديد المبلغ على قدر مغالى فيه .

(ب) يراعى فى مدة إنتهاء صلاحية الضمان أن يأتى تحديدها قريبا بقدر الإمكان من الميعاد المحدد للبت فى العطاءات ، مادام إنه ليس من مصلحة أى من المستفيد أو المضمون أن يصر على ضمان عطاء يبقى لوقت طويل بغير ضرورة تستدعى ذلك .

وإن موازنة التكلفة فى المناقصة ، وإطلاق المنافسة بين العطاءات يدعو فى حد ذاته إلى تحاشى التقدم بعطاءات غير مدروسة أو غير المناسبة .

وإمراعاة الأنواع الأخرى من الضمان ، فإن واقعة الربط بين التزام الضمان وإخلال المضمون بالتزامه سوف تستدعي أن يدرج في الضمان شروط تتطلب تقديم أدلة معينة لاثبات الإخلال الذي يعطى المستفيد حق المطالبة بتسييل الضمان ، وأيضا تحديد المبلغ الذي يمكن المطالبة به في حالة الإخلال . ويجب أن تكون هذه الشروط من طبيعة تمكن الضامن نفسه أن يتحقق مما إذا كانت قد استوفيت أم لا .

٢ - لا يجوز تخفيض المبلغ المحدد للمسئولية المعين في الضمان بسبب أى تنفيذ جزئى للعقد ، ما لم ينص على ذلك في الضمان . ويستمرى ذلك الانتباه إلى حقيقة هامة ذات تأثير على صياغة عبارات الضمانة ، ومن ثم ، المسئولية المحتملة للضامن . ولا تقوم فى ظل أحكام الوثيقة قرينة تلقائية على تخفيض الضمان بواقع نسبة ما تم من تنفيذ جزئى للعقد الذى أعطيت الضمانة بشأته .

وعلى ذلك ، إذا إنصرفت نية الأطراف إلى أن يخفض مبلغ الضمان بواقع نسبة ما تم من تنفيذ تدريجى للعقد ، أو بأى نسبة أخرى ، فيتعين أن ينص على ذلك صراحة فى الضمان ، ومن الجلى أيضا ، أنه سوف يكون مرغوبا فيه أن يرد حكم بهذا المعنى فى العقد الذى يعطى بشأته الضمان .

٣ - لا يجوز للضامن أن يحتج لدفع مسئوليته إلا بالأوجه المنصوص عليها فى أوضاع وشروط الضمان أو بالأوجه المسموح بها بمقتضى القواعد الموحدة .

وأبعا ، آخر ميعاد للمطالبة :

أما آخر ميعاد للمطالبة التى يجوز أن يتلقاها الضامن لمطالبته بتنفيذ التزامه بالضمان فقد أوضحت المادة الرابعة مبينة انه :

إذا لم يحدد الضمان ميعاداً لا يجوز أن يتلقى الضامن مطالبة بعده ، فإن آخر ميعاد لهذا « الأجل المسقط » يكون :

(١) فى حالة ضمان المطاء ، ستة أشهر من تاريخ الضمان .

(ب) فى حالة ضمان الأداء ، ستة أشهر من التاريخ المحدد فى العقد للتسليم

أو الإنجاز أو أى امتداد بهذا الخصوص ، أو شهرا بعد انقضاء أى فترة صيانة يكون منصوحا عليها فى العقد ، إذا كان ضمان الأداء يغطى صراحة فترة الصيانة هذه .

(ج) فى حالة ضمان إعادة المدفوعات ، ستة أشهر من التاريخ المنصوص عليه

فى العقد للتسليم أو الإنجاز أو أى مد لذلك .

فإذا جاء آخر يوم فى الأجل المسقط يوم عطلة من العمل ، أمتد الميعاد إلى أول

يوم عمل تال .

وقد أوضحت التعليقات على هذه المادة إنه من المرغوب فيه بكل جلاء أن ينص

على آخر ميعاد يجب أن تصل فيه المطالبات إلى الضامن .

ولذلك يجب أن تكون القاعدة أن يعنى الضامن مباشرة أو من خلال الطرف الأمر

بان ينص فى الضمان على ميعاد لإنقضاء المطالبات . ويجب أن يربط ميعاد الإنقضاء

هذا على نحو واقعى بفترة المطاء أو بفترة الأداء بحسب الأحوال .

ولا تسرى الفقرات (١) و (ب) و (ج) من هذه المادة إلا فى الحالات التى لم

ينص فيها المدين الأصلى على « ميعاد لانقضاء المطالبات » .

ويجب أن يوضع فى الاعتبار ، على أى حال ، أن فى بعض البلاد يحظر التشريع

النص على ميعاد لانقضاء المطالبات فى « عقد الضمان » وقد يقضى مثل هذا التشريع

متى كان الزاميا إلى بقاء الضامن مسئولاً عن التزامه لمدة أطول من المدد المنصوص

عليها فى هذه المادة الرابعة من الوثيقة أو مما نص عليه فى الضمان صراحة .

وتعنى واقعة أن ميعاد إنقضاء المطالبة هو آخر يوم يجوز فيه قبول المطالبة من قبل الضامن ، أن يوم العطلة المشار إليه فى الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من الوثيقة هو يوم العطلة فى مقر أو بلد الضامن ، وليس فى مقر أو بلد المستفيد .

خامساً : إنقضاء الضمان :

نصت المادة الخامسة من القواعد الموحدة لضمانات العقد فى هذا الصدد على أنه :

١ - إذا لم يتلق الضامن أى مطالبة آخر يوم من الأجل المسقط أو قبل ذلك ، أو إذا كانت المطالبة الناشئة عن الضمان قد سويت تسوية كاملة قبل ذلك ، يضمن الضمان منقضيًا .

٢ - وبمراعاة ما نصت عليه المادة الرابعة أنفة الذكر من الوثيقة فإنه بالنسبة لضمان العطاء :

(أ) إذا ما قبل المستفيد العطاء ، وأرسل العقد على المصدر ، ثم نص فى العقد المكتوب على أن يقدم المصدر ضمان أداء ، أو كان ذلك منصوصاً عليه فى العطاء إن لم يوقع عقد ، أو لم يكن مثل هذا الضمان مطلباً ، فإن توقيع المصدر على العقد يجعل ضمان العطاء الصادر لحسابه غير سار بعد ذلك .

(ب) كما تنتهى صلاحية ضمان العطاء ، إذا ما كان العقد الذى تعلق به قد أرسى على متناقض آخر ، ومن تاريخ هذا الإرساء ، وذلك سواء استوفى هذا المتناقض الشروط المطلوبة بالفقرة ٢ (أ) من هذه المادة أو لم يستوفها .

(جـ) كما تنتهى صلاحية ضمان العطاء أيضاً فى الحالة التى يعلن فيها المستفيد الصادر لصالحه العطاء صراحة أنه لا ينوى إبرام أى عقد .

وقد جاء بالتعليقات على هذه المادة أن الغرض من هذه المادة هو أن يوضح بكل بقة الوقت الذى تكف فيه الضمانة عن الفعالية .

ولهذا الأمر أهمية على الأخص بالنسبة لضمانات العطاء ، كما هو مبين بالفقرة ٢ (ب) من هذه المادة الخامسة التى بينت أحكامها بوضوح الموقف إزاء المستفيد (الذى يعرف على من أرسى العطاء) والضامن (الذى فى الغالب ما يجهل هذه المعلومة) وفى الفقرة ٢ (ج) من المادة المذكورة التى تعالج الموقف الناجم عن إعلان المستفيد نيته فى عدم إبرام عقد أصلا .

سادساً : إعادة الضمان :

ونصت المادة السادسة من القواعد الموحدة على أنه عندما تنتهى صلاحية الضمان طبقا لما تضمنه من شروط وأجال ، أو وفقا لهذه القواعد ، فإن إحتجاز الوثيقة التى أفرغ فيها الضمان ، لا يعطى فى حد ذاته أى حقوق للمستفيد ، ويجب إعادة الوثيقة إلى الضامن بلا تأخير .

وقد أوضحت التعليقات وأكدت أن إعادة الضمان إلى الضامن عند انقضاء صلاحيته أمر مرغوب فيه لإعتبارات « اليقينية » ، ذلك أن إعادة الوثيقة الأصلية يؤكد بشكل حاسم إنه ما من مطالبات ستقدم فى ظل وثيقة الضمان المرتجعة . وقد يكون لهذا الأمر دلالة خاصة فى البلاد التى تنص تشريعاتها على بقاء الضمان فعالا حتى يعاد إلى الضامن ، أو يبرىء المستفيد صراحة الضمان من التزاماته .

كما أن إعادة وثيقة الضمان إلى الضامن مرغوب فيه أيضا من أجل اعتبارات إعداد الميزانية ، وذلك لإزالة أى شك يثور حول تسوية الديون المحتملة .

وعلى أى حال فإن القواعد الموحدة لا تفرض جزاء على الإمتناع عن إعادة مثل هذه الوثائق ، إلا أنه فى ظل هذه القواعد فإن حيازة وثيقة الضمان أو إحتجازها لا يعطى فى حد ذاته أى حق للمستفيد .

سابعاً : التعديلات التى تود على العقود والضمانات :

وتنص المادة السابعة من القواعد الموحدة على انه :

١ - لا يعتبر ضمان العطاء صالحاً إلا بالنسبة للعطاء الأسمى المقدم من المصدر ، ولا يسرى فى حالة أى تعديل يرد على العطاء ، ولا بعد تاريخ إنتهاء صلاحيته المحدد فى الضمان أو الوارد فى هذه القواعد ، ما لم يخطر الضامن المستفيد كتابة أو ببرقية أو رسالة برقية أو تليكس بسرمان الضمان فى مثل هذه الأحوال أو بأن تاريخ إنتهاء الصلاحية قد مد لتاريخ لاحق .

وتستهدف هذه الفقرة تغطية الوضع الذى كان ينشأ فى الماضى بشأن ضمانات العطاء ، حيث كان المستفيد يطلب « إما مد أجل الضمان أو السداد بمقتضاه » وقد يكون لدى المستفيد أسباب مبررة لمد الأجل لعين تلقى وفحص العطاءات ، إلا أن المدين الأسمى (المضمون أو المكفول) لا يجب أن يجبر على مد أجل صلاحية عطائه أو إعادة التفاوض حول عروضه تحت تهديد بأنه مطالب بالدفع بمقتضى الضمان . ولهذا ، فإن للضامن ألا يسدد بمقتضى الضمان ، ما لم تكن مطالبته بالسداد مصحوبة بتقرير مما تنص عليه المادة ٩ (١) كما أن للضامن ألا يمد أجل صلاحية الضمان بون موافقة المدين الأسمى أو الطرف الأمر كما هو مبين فى المادة ٧ (٣) .

٢ - يجوز أن ينص فى ضمان الأداء أو ضمان رد المنفوعات أنه لن يسرى فى حالة أى تعديل فى العقد أو أن يخطر الضامن بأى تعديل من هذا القبيل للحصول على موافقته . فإذا لم ينص على شىء من ذلك ، يكون الضمان صالحاً بالنسبة لالتزامات المصدر كما ورد النص عليها فى العقد أو أى تعديل يرد عليها . وعلى أى حال فإنه لن يكون صالحاً فيما زاد عن المبلغ أو بعد تاريخ إنتهاء الصلاحية المنصوص عليهما فى الضمان أو فى هذه القواعد الموحدة ، وذلك ما لم يكن الضامن قد أخطر المستفيد كتابة أو برقاً أو برسالة برقية أو تليكس بأن المبلغ قد زيد إلى رقم محدد ، أو أن تاريخ الصلاحية قد مد .

وقد نصت « التعليقات » على أن الإلزام بشروط العقد الأصلي قد يكون حيويًا بالنسبة للضامن للتعرف على مقدرة المدين الأصلي على الوفاء بالتزاماته ، ومن ثم ليقرر ما إذا كان سيمنح الضمان أم لا .

بل أن معرفة شروط هذا العقد الأصلي تصبح أكبر أهمية عندما يكون الضمان ممنوحًا بعبارة تلزم الضامن أن يكفل تنفيذ العقد في حالة إخفاق المدين الأصلي في ذلك .

ولهذا ، فإن معرفة ما يطرأ من تعديل في أحكام العقد قد تكون مهمة بالنسبة للضامن . فمن الحيوى ألا يكون الضامن ملزماً بما هو أزيد من المبلغ الذى اتفق عليه أصلاً ، أو لمدة أبعد من تاريخ إنتهاء صلاحية الضمان ويكون هذا منصوباً عليه صراحة في العقد . وقد يكون من المهم أيضاً بالنسبة له أن يلم بما يطرأ على العقد أو تنفيذه من تعديلات لاحقة ، وذلك من أجل أن يقدر مسئولياته حق قدرها ، وإذا كان ذلك ، فإنه يجب على الضامن أن ينص في الضمان أنه يجب إخطاره بمثل هذه التعديلات ، بل والحصول على موافقته على إجرائها .

٣ - أى تعديل أجراه الضامن في أوضاع أو شروط الضمان لن يكون نافذاً بالنسبة للمستفيد إلا إذا ووفق عليه من قبل المستفيد ومن قبل المصدر أو الطرف الأمر بحسب الأحوال .

وقد أفادت « التعليقات » فى هذا المقام بأن من المرغوب فيه أن يكون عقد المصدر أو الطرف الأمر بالضمان وارداً بالكتابة أو ببرقية أو بتلغراف أو توكس .

ثامناً : تقديم المطالبة :

وتنص المادة الثامنة من القواعد الموحدة على أنه :

١ - تقدم المطالبة بشأن الضمان كتابة أو ببرقية أو تلفراف أو توكس ويجب أن يتلقاها الضامن في ميعاد لا يتجاوز تاريخ نهاية الصلاحية المحدد في الضمان أو التاريخ المنصوص عليه في هذه القواعد الموحدة .

٢ - عند استلام الضامن للمطالبة عليه أن يخطر بلا تأخير المصدر أو الطرف الأمر حسب الأحوال بهذه المطالبة ويأى مستندات يتلقاها أيضا .

٣ - لا يعتد بأي مطالبة ما لم يتوافر فيها الآتى :

(١) أن تكون قد إتخذت وسلمت على ما هو مبين بالفقرة (١) من هذه المادة .

(ب) وأن تكون مدعمة بالمستندات المحددة في الضمان أو في هذه القواعد الموحدة .

(جـ) ويمكن تقديم هذه المستندات لاحقة على تقديم المطالبة ولكن في المدة المحددة في الضمان ، فإذا لم تحد ، ففي أسرع وقت مناسب عملا ، أو على أكثر تقدير خلال ستة أشهر من استلام المطالبة . وعلى المستفيد أن يعد مستنداته خلالها . وفي كل الأحوال ، لا يعتد بالمطالبة ، إذا كان الضمان قد فقد صلاحيته ، وفقا لشروطه ذاتها أو وفقا لهذه القواعد الموحدة .

وترتبط الفقرة ١ بالمادة ٤ (راجع مناقشة الموضوع سابقا) من أجل إرساء تاريخ تنتهى به المهلة المسموح فيها بتسليم المطالبة إلى الضامن وتتطلب على وجه التحديد أن تقدم مثل هذه المطالبة بإحدى وسائل الاتصال السريعة « كبرقية أو تلفراف أو توكس » .

ولذلك كان ضروريا أن ينص الضمان بكل تحديد ضد من تقام المطالبة أو بعبارة أخرى أن يبين اسم وعنوان الضامن ، والعنوان أمر هام على وجه الخصوص في حالة ما إذا كان للضامن أكثر من موطن ، بل وعن المحتمل أن يكون له أكثر من موطن في المدينة الواحدة .

ولم تواجه القواعد الموحدة الحالة الاستثنائية التي تكون فيه المطالبة قد وجهت من قبل المستفيد في الوقت المقرر ، ولكنها لم تصل إلى الضامن إلا بعد الأجل المحدد لتقديم المطالبات بسبب « قوة قاهرة » . ويبدو أن هذه مسألة يترك حسمها لقواعد « القوة القاهرة » في القانون الواجب التطبيق .

وترسى الفقرة ٣ (ج) مدة تكميلية تصل فيها الوثائق المقررة للمطالبة والتي تتطلب شروط الضمان أو هذه القواعد إلى يدى الضامن .

تاسعاً : المستندات المدعمة للمطالبة :

وتنص المادة التاسعة من القواعد الموحدة على أنه :

إذا لم يعين الضمان المستندات التي يجب تقديمها لتدعيم المطالبة أو اكتفى بتقرير مطالبة المستفيد ، فعلى المستفيد أن يقدم :

(أ) في حالة ضمان العطاء ، بياناً بأن عطاء مصدر الضمان قد قبل ، وأن المصدر بالتالي أما أنه قد أحجم عن توقيع العقد ، أو عن تقديم ضمان الأداء ، كما هو منصوص عليه في شروط العطاء ، وبياناً بموافقته الموجهة إلى المصدر بأن أى نزاع من جانب المصدر بشأن الدفع له عن كل أو بعض المبلغ المدفوع في ظل الضمان تسوى بمعرفة محكمة قضائية أو هيئة تحكيم على ما تحدده وثائق المناقصة ، وإذا لم يكن ذلك محددًا في تلك الوثائق ومن ثم متفقًا عليه فبالتحكيم وفقًا لقواعد محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، أو لقواعد تحكيم اليونسفيرال على حسب ما يختاره المصدر .

(ب) في حالة ضمان الأداء أو ضمان رد المدفوعات إما حكم محكمة أو قرار تحكيم يبرر المطالبة ، أو موافقة المصدر الكتابية على المطالبة وعلى المبلغ الذي يدفع .

وقد بينت التعليقات في هذا المقام أنه سبق أن توضح في المقدمة أن المفاهيم التي تقوم عليها القواعد الموحدة هي :

(١) أن المطالبة لا يجوز أن تقام وتوضع موضع الإعتبار إلا إذا كان للمستفيد حق قانوني في إقامة المطالبة على إمتناع المدين الأصلي عن أداء العقد المشمول بالضمان ، أو تقصيره في ذلك الأداء .

(ب) أن المطالبة يجب أن تبرر بتقديم قدر معين من « الأثبات » على توافر مثل هذا الإخلال من جانب المدين الأصلي .

ومن المنطقي أن نتوقع أن يبين الضمان طبيعة هذا الأثبات وشكله . ويمكن أن يعين الطرفان على نحو محدد الوثائق اللازمة لهذا الأثبات (البيئة المستندية) في العقد . ثم يمكن أن تذكر في الضمان . وعلى سبيل المثال ، يمكن أن تكون تلك البيئة المستندية شهادة قد تكون في صيغة منصوص عليها تمنح من قبل جهة محددة ، كمحاسب أو مشرف على الأعمال أو محكم أو شخص آخر . (وكما سبق عند مناقشة المادة ٣ فيما تقدم يجب أن تكون تلك البيئة ذات طبيعة تسمح للضامن أن يستوثق بنفسه مما إذا كانت الوثائق المقدمة هي الوثائق المتفق على لزومها للإثبات من عدمه)

وعلى أي حال ، فإنه إذا كان الضمان جاء غفلا من ذلك - كما هو شأن الضمانات المدفوعة بناء على أي طلب بسيط أو عند أول طلب - فإن المادة ٩ تنص على ذلك فتقول بأن الوثائق الإثباتية التي نصت عليها هي التي يجب أن تقدم .

ومن أجل تقرير المستفيد بأن « عطاء المدين الأصلي قد لقي القبول » (فقرة أ من هذه المادة) فإن القبول يجب أن يكون بطبيعة الحال غير مشروط .

كما أن « حكم القضاء أو قرار التحكيم » المشار إليه في الفقرة (ب) من هذه المادة يعني حكما أو قرارا صادرا بناء على إجراءات متخذة بين المستفيد والمدين الأصلي .

عاشراً : القانون الواجب التطبيق :

نصت المادة العاشرة من « القواعد الموحدة ل ضمانات العقد » على أنه :

إذا لم يحدد الضمان القانون الذي يخضع له ، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون مركز أعمال الضامن فإذا كان للضامن أكثر من مركز أعمال ، فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الفرع الذي أصدر الضمان .

وقد أوضحت « التعليقات » في مقام القانون الواجب التطبيق أن القواعد الموحدة التي وضعتها غرفة التجارة الدولية لا تدعى إنها تحسم كل المشاكل التي يمكن أن تثور بشأن الضمانات . ولهذا السبب ، فقد كان من المتعين أن تتضمن القواعد حكماً يجعل من الممكن تحديد القانون الواجب التطبيق دون أدنى لبس أو غموض .

وعندما تنص هذه القواعد عليها فإن الحلول التي أتت بها في هذا المقام إنما تطبق حيثما لم يتفق الأطراف على اختيار القانون المحلي الواجب التطبيق بشأن الضمان ، وتذكر هذه القواعد الأطراف بحريتهم في هذا المقام ، ومن المستحسن أن يفتنم الأطراف ذلك . على أنه حيثما لزم الأطراف الصمت ، فإن الضمان يكون خاضعاً لقانون موطن عمل الضامن . وقد يبدو ذلك غريباً بالنسبة لأولئك الذين ينظرون إلى الضمان على أنه عقد تابع للعقد الأصلي ، وبالتالي يعتبرون أن الضمانة يجب أن يحكمها ذات القانون الذي يحكم العقد الأصلي .

وثمة أسباب عدة لعدم الأخذ بهذا الحل ، منها . أولاً وقبل كل شيء - كما تكرر إيضاحه - أن القواعد قد امتنعت عن أن تتخذ موقفاً بازاء طبيعة الضمان . وفضلاً عن ذلك ، فإن تطبيق قانون موطن عمل الضامن قد يبدو أفضل من قانون العقد الأصلي . وذلك لأن :

(أ) هذا ليس من الممكن على النوام تحديده بأحكام .

(ب) التزام الضامن هو الذي يضاف طابعه على عملية الضمان .

(جـ) الضامنون قد لا يكون بإمكانهم أن يصدرُوا ضمانات إلا وفقاً لتوانين

بلادهم .

أحدى عشر : تسوية المنازعات :

نصت المادة الحادية عشرة من القواعد الموحدة المذكورة على أن :

١ - أية منازعة تنشأ متعلقة بالضمان يجوز إحالتها إلى التحكيم بالاتفاق بين الضامن والمستفيد إما وفقا لقواعد محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ، أو قواعد تحكيم اليونسفيرال ، أو أية قواعد أخرى للتحكيم يتفق عليها بين الضامن والمستفيد .

٢ - إذا أُحيل إلى التحكيم نزاع بين الضامن والمستفيد يمس حقوق والتزامات المصدر أو الطرف الأمر ، فإن للمصدر أو الطرف الأمر حق التدخل فى إجراءات التحكيم هذه .

٣ - إذا لم يتفق الضامن والمستفيد على التحكيم أو على ولاية محكمة معينة ، فإن أى نزاع بينهما متعلقا بالضمان تنفرد بتسويته المحكمة المختصة فى البلد الذى به مركز أعمال الضامن الرئيسى ، أو المحكمة المختصة فى البلد الذى به الفرع الذى أصدر الضامن إذا اختار المستفيد ذلك .

وتعنى القواعد الموحدة بتوجيه النصيحة لتسوية أية منازعة تثور بشأن الضمان عن طريق التحكيم ، على أنه يجب أن يتوافر إتفاق خاص بين الضامن والمستفيد كى يلتزموا بالتحكيم . وفى هذا المقام يترك لهما مطلق الحرية فى إختيار نمط التحكيم الذى يرتضيانه . على أن المادة تشير على أى حال إلى أكبر مجموعتين من القواعد المنظمة للتحكيم الدولى ألا وهما قواعد محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ، التى تتمتع بأنظمة مستتبّة وقواعد اليونسفيرال الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية .

فإذا قام نزاع بين المستفيد والضامن ، فأنه يكون من المفيد ، أن يكون المتعين الأهلئ أو الطرف الأمر بالضامن جائزا له التدخل فى الإجراءات ، وقد وضعت المادة

١١ فقرة (٢) حكما خاصا لهذا الغرض . وبينما أن هذا الحكم الخاص لا يجعل من الممكن إجبار المدين الأصلي أو الطرف الأمر بالضمان على التدخل فإن ذلك الحكم الخاص يجعل على أى حال من المستحيل على الضامن أو المستفيد أن يتمسك بالطبيعة الخاصة للتحكيم كمنازعة مغلقة على طرفيها للأعتراف على مثل هذا التدخل .

وبغير مشاركة تحكيم فإن الأطراف المتنازعة حول الضمان يمكن أن يجدوا أنفسهم معرضين لقضاء محاكم فى عدة بلاد . وإتفاضى ذلك ، فقد نصت هذه المادة على أن المحاكم فى البلد الذى ينتمى إليه موطن أعمال الضامن وحدها هى التى تختص ، أو المحاكم التى تتبع البلد حيث يوجد الفرع المصدر للمضمان .

المبحث الثاني

القواعد الموحدة لضمانات العقد تحت الطلب

(النشرة رقم ٤٥٨ في أبريل ١٩٩٢)

ملخص :

يرجع اهتمام غرفة التجارة الدولية بموضوع « خطابات الضمان تحت الطلب أو غير المشروطة » واستخدامها في معاملات التجارة الدولية إلى ما يزيد على ثلاثين عاماً . وقد شكلت غرفة التجارة الدولية لهذا الغرض جماعة عمل مشترك من لجنة ممارسات التجارة الدولية - Commission on International Commercial Practice ولجنة التقنيات والنظم المصرفية Commission on Banking Technique and Practice لصياغة القواعد الكفيلة بتوفير أوجه الحماية ضد التسييل المتعسف وتبدير توازن عادل بين المصالح المتصارعة . وقد ثبت أن الموضوع أكثر تعقيداً مما كان في المسبان ، وانقضت زهاء ثلاث عشرة سنة قبل أن تصدر غرفة التجارة الدولية لوثيقة « القواعد الموحدة لضمانات العقد » (نشرة رقم ٣٢٥) وقد لجأت هذه القواعد إلى التعامل مع مشكلة التسييل غير المشروع لخطابات الضمان بتطلب تقديم حكم محكمة أو قرار هيئة محكمين كشرط لحصول المستفيد على مستحقاته من خلال خطاب الضمان الصادر لصالحه . ولئن كانت الوثيقة رقم ٣٢٥ قد دخلت إلى حيز التطبيق ولا زالت تلقى الاستعمال في بعض الصنود ، إلا أن تطلب مثل هذا الشرط الذي علق عليه الوثيقة المذكورة إستيفاء المستفيد لمستحقاته في خطاب الضمان بدا جد بعيد عن الممارسات المصرفية والتجارية الجارية ، مما صعب ازاءه حصول الوثيقة المذكورة على الرضاء العام بها .

وتعكس النشرة الحالية لغرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨ الصادرة « بالقواعد الموحدة للمضمانات تحت الطلب » الممارسة الدولية في استخدام الضمانات غير المشروطة أو تحت الطلب ، مع الحفاظ في الوقت ذاته على الهدف الذي تغيته القواعد السابقة من تحقيق التوازن بين مصالح الأطراف المختلفة ، والحد من اساءات تسييل

الضمانات . وقد كانت القواعد الجديدة نتاج العمل المكثف والمشاورات التي أجرتها جماعة العمل المشترك بين اللجنتين المذكورتين تحت رئاسة دكتور روبرت فون جرافينرلد Dr. Rudolf von Grafeenrled ، ثم استكمل العمل بمعرفة جماعة أصغر قامت بالصياغة تحت رئاسة روى جوديه Roy Goode نائب رئيس لجنة ممارسات التجارة الدولية .

« والقواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب » تغطي ليس فحسب العلاقات بين الضامن والمستفيد بل أيضاً تلك العلاقات الناشئة عن « الضمانات - المقابلة » Counter - guarantees ، وتمثل هذه القواعد الجديدة أساهمة كبيرة في تبني الممارسات الموحدة في هذا المجال المصرفي الهام من مجالات التجارة الدولية ، وهي تجسد المعرفة والخبرة الجماعية للجان الوطنية لغرفة التجارة الدولية ، والبنوك والمصرف المهنية والتجارية ، والخبراء من الأفراد في مختلف أنحاء العالم . وتلبي « القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب » حاجة أساسية ، مما يجعلها تلقى التطبيق على أوسع نطاق . وفي الوقت ذاته ، فإن نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٣٢٥ ستستمر متاحة في الوقت الحاضر لأولئك الذين يرغبون في استخدامها ، أما مستقبلها فسوف يكون محل نظر في تاريخ لاحق على ضوء الخبرة التي ستسفر عنها القواعد الجديدة .

مقدمة :

هذه « القواعد الموحدة للضمانات عند الطلب » (نشرة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨) هي - كما قلنا - نتاج جهد مجموعة العمل المشتركة بين « لجنة ممارسات التجارة الدولية » و « لجنة التقنيات والنظم المصرفية » وأيضاً جهد مجموعة الصياغة المشكلة لوضع تلك القواعد في صورتها النهائية . وقد قصد بهذه القواعد أن تطبق عالمياً في استخدام الضمانات عند الطلب، وهي خطابات الضمان ، وصكوك الضمان ، وغيرها من تعهدات السداد التي ينشأ في ظلها التزام الضامن أو الكفيل بالسداد بمجرد تقديم طلب مكتوب بذلك ترفق به مستندات يحددها الضمان ، ويكون

الالتزام بذلك غير مشروط بالأخلال الفعلي من جانب المدين بالعقد الذي صدر بشأنه الضمان ..

وتشبه « الضمانات تحت الطلب » الإعتمادات المستندية documentary credits من ناحية أنه في الضمان تحت الطلب لا يشترط كي يدفع الضامن للمستفيد قيمة الضمان أن يثبت له هذا الأخير أن المدين الذي ضمنه أو كلفه قد أخل فعلاً بالتعاقد الأصلي ، بل يكون دفعه لقيمة الضمان للمستفيد بمجرد أن يقدم إليه هذا الأخير طلباً معززاً بالمستندات المشترط تقديمها في وثيقة الضمان . ومن ثم فإن الضامن في الضمان تحت الطلب مثل مصدر الاعتماد المستندي لا ينشغل بواقعة الأخلال في حد ذاتها ، بل بالمستندات المتطلب تقديمها للأداء . ومن ثم كان الضمان هنا مثل الاعتماد المستندي ضماناً مستندياً بدوره .

أما عن الاعتمادات المساندة Standby credits فقد سبق لوثيقة « الأعراف والممارسات الموحدة للإعتمادات المستندية » أن أخضعتها لأحكامها ووثيقة « الأعراف والممارسات الموحدة للإعتمادات المستندية » Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (U C P) (مراجعة ١٩٨٢ وثيقة رقم ٤٠٠) وقد تطورت هذه الإعتمادات المساندة في كافة الاتجاهات لتضحي وسائل تعزيز ائتماني تستخدم في إطار تجاوز في اتساعه الضمانات تحت الطلب وامتد إلى دعم كثير من الأنشطة المالية والتجارية ، ويثير ممارسات وإجراءات غير مألوف الالتقاء بها في علاقات الضمانات تحت الطلب (مثل التأييد أو التعزيز confirmation وفتح حساب خاص في بنك ، وتقديم مستندات إلى طرف آخر غير الطرف المصدر للإعتماد) ومن مؤداها ربط أسلوب الإعتماد المساند إرتباطاً أو ثقب بأسلوب الإعتمادات المستندية . وبالتالي ، بينما تتدرج الإعتمادات المساندة تقنيا تحت تعريف الضمانات تحت الطلب إلا أنه يتوقع من مصدرى الإعتمادات المساندة مواصلة استخدام قواعد الـ U C P التي هي أكثر تفصيلاً وأكثر ملاءمة للمتطلبات الخاصة بالإعتمادات المساندة .

وهذه القواعد الموحدة التي تضمنتها النشرة رقم ٤٥٨ لا تسرى على التأمينات لا العينية ولا الشخصية ، وبالأخص الكفالة ، ولا على أى تعهد بضمان تبعى ، أو بوالص

تصدرها شركات تأمين بالتعهد بالحلول محل المدين المكفول في أداء الالتزام الذي يتخلف المدين الأصلي عن القيام به conditional bonds أو أى تحمل بالتزام تبعى من قبل الضامن لا يدفع بمقتضاه إلا في حالة تخلف المدين الأصلي عن السداد فنسب أن مثل هذه الوسائل واسعة الانتشار ، ولكنها تختلف في حقيقتها عن الضمانات تحت الطلب ، ومن ثم خرجت عن نطاق هذه القواعد والغرض منها .

وقد وضعت هذه القواعد الموحدة التي تضمنتها النشرة رقم ٤٥٨ لأن « القواعد الموحدة لضمانات العقود » التي كانت قد أوردتها غرفة التجارة الدولية عام ١٩٧٨ في نشرتها رقم ٣٢٥ لم تلق الموافقة الشاملة عليها . وقد جاءت القواعد الموحدة الجديدة لتضفي مزيداً من الحماية على المصالح المختلفة للأطراف الضالعة في عملية ضمان تحت الطلب . وعلى أى حال فمادام أن الأحكام التي تضمنتها النشرة رقم ٣٢٥ لازالت تلقى الاستعمال ، ويقبل البعض على استخدامها في معاملات التجارة الدولية فقد احتفظ بها سارية المفعول في الوقت الحاضر لتكون متاحة لمن يرغبون في استخدامها مفضلين إياها على القواعد الجديدة . وسوف يعاد النظر في مستقبل النشرة رقم ٣٢٥ في تاريخ لاحق على ضوء ما ستسفر عنه التجربة .

المستفيد :

يريد المستفيد أن يؤمن ضد مخاطر عدم وفاء المدين الأصلي بالتزاماته قبله على نحو ما نص عليها العقد الذي منع من أجله الضمان . ويتحقق هذا الضمان بتزويد المستفيد بأداة تمكنه من التوصل السريع إلى الحصول على مبلغ من المال في حالة لو أن تلك الالتزامات لم تلق الإيفاء .

المدين الأصلي :

مع الاعتراف بإحتياجات المستفيد ، فإن المدين الأصلي يمكنه أن يتوقع على أرضية من النصفة والعدل وحسن النية أن يبلغ كتابة بما هو الأساس الذي يدعى عليه بإخلاله بالتزاماته . وسوف يساعد ذلك على التقليل من الإساءات في استعمال الضمانات من خلال التعسف في طلبات التسجيل غير العادلة من جانب المستفيد .

الضامن :

كى تلقى هذه القواعد التطبيق ، يجدر ألا تنص الضمانة على أى شرط يعلق عليه سداد المستحقات سوى تقديم طلب كتابى وبعض المستندات المحددة على سبيل الحصر . وبالأخص ، فإن عبارات الضمان لا يجب أن تقرر استلزام الضامن التثبت مما إذا كان المستفيد والمدين قد أوفيا أو لم يوفيا بالتزاماتهما فى ظل العقد الأسمى ، وهو الأمر الذى لا يشغل به الضامن ولا شأن له به ، ويجدر على أى حال أن تكون عبارات الضمان واضحة وغير مبهمة فى هذا الخصوص .

الطرف الإسر بالضمآن : The Instructing Party

وتعترف القواعد الجديدة بالممارسة المألوفة على مدى واسع الانتشار والتى يمكن بمقتضاها لطرف أمر أن يصدر للضامن تعليمات يتلقاها من المدين الأسمى أو على مسئوليته ، ويعزز بذلك ضمانته .

مهمويات :

وترغب غرفة التجارة الدولية فى تشجيع ممارسات طيبة للضمانات تحت الطلب ، تحقق العدل للأطراف المعنية كافة ، وتؤمن غرفة التجارة الدولية بأن القواعد الجديدة سوف تحقق توازناً لائقاً بين المصالح من شأنه إقرار حقوق وواجبات كل الأطراف . وإذا قورنت هذه القواعد الجديدة بالقواعد التى نشرتها غرفة التجارة الدولية عام ١٩٧٨ (نشرة ٢٢٥) نجد أن القواعد الجديدة تضمنت تغييراً جذرياً فى صالح المستفيدين من حيث أنهم ما عانوا مقيدىن بضمانات تتطلب تقديم قرار هيئة تحكيم أو أى دليل مكتوب يصدر من جهة مستقلة لسند أى طلب بالتسييل ، وعلى أى حال ، فإن الضمانات التى تستلزم مثل هذا الدليل لازالت فى إطار القواعد الجديدة كما أن هذه القواعد الجديدة تتضمن أحكاماً متعلقة بالضمانات المقابلة Counter guaran-tees وأنه لمن العلامات المميزة للضمانات الخاضعة لهذه القواعد الجديدة أنها قابلة للدفع بناء على تقديم واحد أو أكثر من مستندات معينة . على أن المتطلبات المستندية المحددة فى وثائق الضمانات تحت الطلب يمكن أن تختلف من حالة إلى حالة . وتتنوع

تبعاً لذلك تنوعاً شديداً . فمن ناحية نجد الضمانة المدفوعة فور تقديم مجرد طلب كتابي بالدفع دون استلزام أى تقرير بوقوع اخلال بالتزام يمليه عقد أصلى ، ولا استلزام لأى مستند آخر . وعلى الجانب الآخر نجد الضمانة التى تتطلب تقديم حكم قضائى أو قرار محكمين .

وبين هذين الحدين نجد اشكالا وسيطة ل ضمانات أخرى تحت الطلب متنوعة ، مثل الضمانات التى تتطلب تقريراً بالأخلال من جانب المستفيد ، مع تحديد طبيعة هذا الأخلال أو نوع تحديده حسب الأموال ، أو تقديم شهادة من مهندس أو مشرف على الأعمال . وكل هذه الصور لل ضمانات تدخل فى إطار القواعد الجديدة .

وعلى أى حال ، فإن مصالح المستفيد يجب أن يجرى موازنتها بالحاجة إلى حماية المدين ضد مطالبته مطالبة جائرة أو غير مشروعة لتسييل الضمانة an unfair claim on the guarantee . وتعتبر غرفة التجارة الدولية :

(أ) أن من الصائب أن يشترط فى الضمانة وفقاً لمبادئ الأنصاف وحسن المعاملة أن يكون طلب أداء أو تسييل الضمانة كتابة ومصحوباً على الأقل ببيان من المستفيد يوضح فيه كيف وإلى أى حد يعتبر أن المدين قد أخل بالتزامه الأصلى . وهذا ما تنص عليه المادة ٢٠ من القواعد الموحدة الجديدة .

(ب) وأن المدين الذى يريد أن يتفادى تطبيق حكم المادة ٢٠ هذه أو يعدل فيه ، عليه أن يفصح عن ذلك للطرف الآخر ، فيدرجان فى الضمانة صراحة ما اتفقا عليه .

(جـ) وعلى أى حال ، فإن المادة ٢٠ عندما تقرأ مع المادة ٢ (ب) و (جـ) والمادتين ٩ و ١١ يتضح بجلاه أن الضامنين لا يعنون بالتأكد من صحة أى تقرير يقدم اليهم بحدوث الأخلال . وإنما كل ما يتأكدون منه بطبيعة الحال هو ما إذا كانت المستندات المقدمة بهذا الشأن مطابقة لما تطلبت الضمانة من مستندات لتسييلها ، فإذا كان ثمة عدم تطابق بين ما قدم من مستندات لأقتضاء الضمانة وبين المستندات التى تطلبتها الضمانة لهذا الغرض ، فإن الضامن لا يكون ملزماً بالسداد .

(د) وبمضلاً عن ذلك فإن هذه القواعد لا تمس مبادئ أو قواعد أوردها القانون الوطنى . أو المحلى لبلد من البلدان ، متعلقة بالغش أو الانحراف الظاهر أو الجائر فى طلب تسييل الضمانات .

ومثل قواعد الـ U C P ، فإن القواعد الموحدة الجديدة للضمانات تحت الطلب تطبق على الضمانات التى ينص صراحة فيها على تطبيقها عليها ، ويتوقف نجاح تلك القواعد على إقبال مجتمع التجارة الدولية على استخدامها . وأن غرفة التجارة الدولية من خلال لجانها الوطنية والساحة الدولية ، تشجع بشدة الدوائر الصناعية والمالية على الانضمام لهذه القواعد التى تساعد على توحيد الممارسات فى مجال الاحتياج إلى الضمانات تحت الطلب .

.....

وتتألف القواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب (وثيقة غرفة التجارة الدولية رقم ٤٥٨ المنشورة فى إبريل ١٩٩٢) من ثمانى وعشرين مادة موزعة تحت العناوين الآتية :

- (أ) (إطار تطبيق القواعد (مادة ١) .
 - (ب) تعريفات وأحكام عامة (المواد ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨) .
 - (جـ) التبعات والمسئوليات (المواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦) .
 - (د) المطالبات (المواد ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ و ٢١) .
 - (هـ) أحكام الانقضاء (المواد ٢٢ و ٢٣ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦) .
 - (و) القانون واجب التطبيق والقضاء المختص (المادتان ٢٧ و ٢٨) .
- ونمضى فيما يلى إلى بيان أحكام هذه المواد .

أولاً : اطار تطبيق القواعد

مادة (١) :

هذه القواعد تطبق على أى ضمان تحت الطلب وأى تعديل يرد عليه ، يتلقى الضامن (على ما هو موضح فيما سيلي) الأمر بإصداره ، وينص فيه على الخضوع للقواعد الموحدة للضمانات تحت الطلب الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (نشرة رقم ٤٥٨) والزامها لكافة أطرافه ، إلا ما ينص صراحة على عدم الخضوع له من أحكام ، سواء فى الضمان أو فى أى تعديل يرد عليه .

ثانياً : تعريفات واحكام عامة

مادة (٢) :

(١) فى تطبيق هذه القواعد ، يقصد بـضمان تحت الطلب (وسوف يقتصر على الإشارة إليه فيما يلى بالضمان) أى تعهد كتابى بالسداد (ايا ما كان ما يطلق عليه من تسمية أو وصف) صادر من بنك أو شركة تأمين أو أى هيئة أو شخص آخر (سوف يشار إليه فيما يلى بالضامن) لأجل سداد مبلغ من المال عند تقديم طلب بإدائه مطابقاً للشروط المبينة فى التعهد المكتوب بالسداد ، مصحوباً بما نص عليه فى تلك الشروط من مستندات ، وعلى النحو الذى بيئتها (كشهادة من معمارى أو مهندس استشارى أو حكم قضائى أو قرار محكمين) وذلك متى كان هذا التعهد قد صدر :

١ - نزولاً على طلب أحد الأطراف ، أو بناء على تعليماته ، وعلى مسئوليته .
(ويطلق عليه فيما سيرد « المدين الأسمى ») .

٢ - نزولاً على طلب بنك أو شركة تأمين أو أى هيئة أو شخص آخر وعلى مسئوليته (ويطلق عليه فيما سيرد « الطرف الأمر ») وهو يتصرف وفقاً لتعليمات الملتزم الأسمى قبل طرف آخر (يطلق عليه فيما سيرد « المستفيد ») .

وتتجاوز أحكام الفقرة (١) من المادة في تعريفها للضمان تحت الطلب ما هو معروف بخطاب الضمان إذا أن تعريفها ذاك يمتد إلى كافة التعهدات الكتابية أياما كانت طبيعتها حتى لو لم تكن هذه التعهدات خطابات ضمان بالمعنى الدقيق لها .

ومن ناحية أخرى فإن المادة ٢ (أ) تنص على أن الضمان تحت الطلب هو كل تعهد يأخذه على عاتقه بنك ، أو شركة تأمين ، أو أى هيئة أو شخص آخر يخضع لقواعد هذه الوثيقة بينما أن الضمانات تحت الطلب عمليات مصرفية بطبيعتها . ومثل هذه العمليات فى ظل أغلب القوانين فى العالم لا يجوز إلا للبنوك ممارستها . ولم تكن هذه النقطة موضع إعتبار اللجنة التى أعدت صياغة الوثيقة .

(ب) الضمانات بطبيعتها تصرفات منفصلة عن العقد (أو العقود) وعن شروط المناقصة التى قد تكون هذه الضمانات قد أنبتت عليها ، ولا شأن للضامين بمثل هذا العقد (أو العقود) أو بشروط المناقصات تلك ، وذلك على الرغم من ورود إشارة إليها فى « الضمان » والالتزام الذى يتحملها الضامن بمقتضى « الضمان » هو أن يدفع المبلغ أو المبالغ المبينة فيه عند تقديم طلب كتابى بالدفع ، مع تقديم المستندات المنصوص عليها فى « الضمان » متى بدت فى ظاهرها متفقة مع شروط « الضمان » .

(ج) فى تطبيق هذه القواعد ، يعنى « الضمان المقابل » - counter guarantee تعهداً كتابياً بالسداد من جانب الطرف الأمر . أياما أطلق عليه من تسمية أو وصف ، إلى الضامن عند تقديم المستفيد ، طبقاً لشروط التعهد ، بطلب كتابى ، والمستندات الأخرى المنصوص عليها فى « الضمان المقابل » متى بدت ظاهرياً متفقة مع شروط هذا الضمان المقابل . والضمانات المقابلة بحسب طبيعتها تصرفات منفصلة عن الضمانات المتعلقة بها ، وعن أى عقد (أو عقود) أو شروط مناقصة تغطيها تلك الضمانات . ولا شأن للأطراف الأمرة ، كما ليسوا ملزمين ، بأى حال من الأحوال بمثل هذه الضمانات ، أو العقود ، أو شروط المناقصات ، وذلك على الرغم من ورود إشارة إليها فى « الضمان المقابل » .

(د) يتضمن اصطلاحاً « مكتوب » و « كتابة » أى رسالة يبعث بها بأحدى وسائل الاتصال السريع (برقية - فاكس - تليكس)^(٥) .

مادة (٣) :

يجب أن تكون كافة التعليمات لإصدار الضمانات والتعديلات التى ترد عليها وكذلك الضمانات ذاتها والتعديلات التى ترد عليها واضحة ومحددة ، مع تحاشى الأفرات فى التفاصيل وتبعاً لذلك ، يجب أن تبين الضمانات كافة :

(أ) المدين الأسمى .

(ب) المستفيد .

(ج) الضامن .

(د) الالتزام المطلوب إصدار الضمان من أجله .

(هـ) الحد الأقصى للمبلغ الذى يدفع ، والعملة التى يدفع بها .

(و) تاريخ إنقضاء الضمان ، والواقعة التى ينقضى بها ، أو هذه الواقعة وحدها .

(ز) أوضاع المطالبة بالسداد .

(ح) أى نص لتخفيض مبلغ الضمان .

مادة (٤) : التنازل أو التحويل assignment

الحق الذى للمستفيد فى التقدم بمطالبة وفقاً للضمان غير قابل للتنازل عنه للغير ، ما لم ينص على ذلك صراحة فى الضمان أو فى تعديل له .

على أن ذلك لا يؤثر على حق المستفيد فى أن يحول إلى الغير أو يتنازل له عن أى متحصلات ، يكون فى الحال أو المستقبل مستحقاً لها بمقتضى الضمان .

* راجع النص الإنجليزى للمادة المرفق بالكتاب لمزيد من الحيلة .

مادة (٥) :

كافة الضمانات والضمانات المقابلة غير قابلة للرجوع فيها irrevocable ما لم ينص على غير ذلك .

مادة (٦) : تاريخ السريان :

يكون الضمان سارياً منذ تاريخ إصداره ما لم تنص أحكامه صراحة على تاريخ لاحق لهذا السريان أو كان هذا السريان خاضعاً لشروط محددة في الضمان ، أو قابلة للتحديد من قبل الضامن على أساس من مستندات مبينة في الضمان .

مادة (٧) :

(أ) عندما يتلقى الضامن تعليمات بإصدار ضمان ، ولكن لأسباب تتعلق بالقانون أو اللوائح في بلد الإصدار لا يكون الضامن قادراً على تنفيذ التعليمات الصادرة إليه بشأن هذا الضمان عليه أن يبادر إلى إبلاغ الطرف الذي أصدر تعليماته إليه برسالة لاسلكية telecommunication أو إذا لم يتسنى له ذلك ، فعليه إبلاغه بأية وسيلة أخرى سريعة ، بأسباب عدم القدرة على التنفيذ ، ويطلب التعليمات المناسبة من ذلك الطرف .

(ب) ليس في أحكام هذه المادة ما يلزم الضامن بإصدار ضمان ما دام لم يوافق عليه * .

مادة (٨) :

يجوز أن يتضمن الضمان حكماً صريحاً بالتخفيض provision for reduction وذلك بمقدار مبلغ أو مبالغ محددة في تاريخ أو تواريخ محددة بناءً على تقديم المستندات المبينة في الضمان لهذا الغرض .

(*) عندما تناولت أحكام هذه المادة « الإبلاغ » أوجبت أن يكون الإبلاغ بتعذر إصدار الضمان أو رفضه على عاتق الضامن على وجه السرعة . بينما أن رفض إصدار ضمان بناءً على طلب مصدر تعليمات به قد لا يستأهل استخدام وسائل الاتصال السريعة كالبرق والرسائل اللاسلكية التي نصت عليها المادة ، ذلك أن البتة في حالة رفضه لا يكون قد تقاضى أى عمولة عن ذلك . وقد لا يكون بقادر بعد ذلك أن يحصل من مثل هؤلاء العملاء على ما سوف يكون قد تكبدته من مصروفات في هذا المقام

ثالثاً : التبعات والمسئوليات :

سادة (٩) :

كافة المستندات المحددة والمقدمة وفقاً للضمان ، بما فى ذلك طلب الضمان ، تخضع للفحص من جانب الضامن ، بالعناية المعقولة للتأكد مما إذا كانت بحسب ظاهرها مطابقة لشروط الضمان . وفى حالة ما إذا كانت مثل هذه المستندات لا تبدو مطابقة ، أو تبدو بحسب الظاهر متهاثرة فيما بينها ، فإنها تلقى الرفض .

سادة (١٠) :

(١) يكون للضامن الوقت المعقول reasonable time لفحص طلب مقدم عن ضمان وتقرير ما إذا كان يدفع أو يرفض الدفع .

(ب) إذا قرر الضامن رفض الطلب ، فإنه يخطر المستفيد بذلك على وجه السرعة برسالة لاسلكية by teletransmission ، أو إذا لم يكن ذلك متيسراً ، فبوسيلة أخرى عاجلة . وكل مستندات تقدم فى ظل الضمان يحتفظ بها تحت تصرف المستفيد . held at the disposal of the beneficiary .

سادة (١١) :

لا يتحمل الضامنون والأطراف الأمرة أية تبعات أو مسئوليات بشأن شكل أو صلاحية أو صحة أو عدم اصطناع أو تزوير أو قانونية أية مستندات مقدمة إليهم كما لا يتحملون أية تبعات أو مسئوليات بشأن أى بيانات مدرجة فى تلك المستندات ، ولا بشأن حسن نية أى شخص أو تصرفاته سلباً كانت أو إيجاباً ، مهما كان ذلك الشخص .

سادة (١٢) :

لا يتحمل الضامنون والأطراف الأمرة أية تبعات أو مسئوليات عن النتائج المترتبة على التأخير فى نقل أية رسائل أو خطابات أو مستندات ، أو فقدانها ، أو على التأخير فى نقلها وفقدانها معاً ، أو على التأخير أو التشويه أو أية أخطاء أخرى تحدث فى بث أية رسالة لا سلكية . ولا يتحمل الضامنون والأطراف الأمرة أية مسئولية عن الأخطاء فى ترجمة أو تفسير الاصطلاحات الفنية ، ويحتفظون بالحق فى نقل نص الضمانة أو أى جزء منها دون ترجمة لها .

مادة (١٣) :

لا مسئولية على الضامتين والأطراف الأمرة عن النتائج الناجمة عن توقف (أو تعطل) أعمالهم بسبب أفعال خارجة عن إرادة البشر ، acts of God ، أو أحداث شغب riots أو قلاقل أهلية civil commotions ، أو ثورات أو حركات تمرد أو عصيان insurrections ، أو حروب wars أو أى أسباب تتعدى سيطرتهم ، causes beyond their control ، أو بسبب اضطرابات strikes أو إغلاق للمصانع lock - outs أو تدابير صناعية industrial actions إما كانت طبيعتها .

المادة (١٤) :

(أ) الضامنون والأطراف الأمرة الذين يستعينون بخدمات طرف آخر بهدف تنفيذ تعليمات المدين الأصلي يكون ذلك لحساب هذا الأخير وعلى مسئولية .

(ب) الضامنون والأطراف الأمرة لا يتحملون اية مسئولية أو تبعه عن تصرفات هذا الطرف الآخر ، لو لم ينفذ التعليمات التى ينقلونها إليه ، حتى لو كانوا قد أخذوا بأنفسهم المبادرة فى اختيار مثل هذا الطرف الآخر .

(جـ) يتحمل المدين الأصلي بتعويض الضامن أو الطرف الأمر ، حسب الأحوال ، عن كافة الالتزامات والتبعات التى تفرضها قوانين أو أعراف أجنبية .

المادة (١٥) :

لن يسلم الضامنون والأطراف الأمرة من المسئوليات والتبعات فى ظل المواد ١١ و ١٢ و ١٤ المشار إليها متى تنكبوا حسن النية good faith ، وبذل الرعاية المعقولة فى تصرفاتهم reasonable care.

مادة (١٦) :

لا يكون الضامن مسئولاً قبل المستفيد إلا وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى الضمان أو فى أى تعديل له ، ووفقاً لأحكام المنصوص عليها فى مواد هذه الوثيقة ، وذلك فى حدود مبلغ لا يتجاوز المبلغ المذكور فى الضمان أو فى أى تعديل له .

وأنة لمن السمات المميزة لكافة الضمانات فى إطار أحكام هذه الوثيقة أنها لا تستتبع الأداء من قبل الضامن إلا بناءً على التقدم إليه بمستند أو أكثر يبين فى الضمانة. ويتفاوت ما يحدد من مستندات فى الضمانات تحت الطلب تفاوتاً كبيراً وواسع النطاق وتتراوح المستندات المطلوبة من مجرد التقدم بطلب مكتوب بتسييل الضمان ، بلا حاجة إلى تقرير بالأخلال بالالتزام المكفول بالضمان أو تطلب أى مستند آخر غير الطلب الكتابى بسداد مبلغ الضمان إلى المستفيد ، وبين تطلب الضمان أن يقدم المستفيد حكماً من القضاء أو قراراً من محكم أو هيئة محكمين يسجل على المدين إخلاله بالالتزام الذى قدم الضمان لأجله أو بسببه للمستفيد، وذلك دون وجود ترابط قانونى بين الالتزامين المذكورين الأسمى والتبعى على أى حال ، لأن الضمان بصفة عامة هو « التزام مجرد » أى « التزام معرى عن السبب » لا يشترط لإفادة من صدر لأجله أن يقع إخلال من قبل المدين الأسمى بالتزامه قبله . وبين هذين الحدين للضمان تحت الطلب تتدرج صور وسط من الضمان المذكور ، مثل الضمان الذى يتطلب مجرد إقرار من جانب المستفيد بأن المدين الأسمى قد أخل بالتزامه ، والضمان الذى يتطلب من جانب المستفيد تقديم شهادة من مهندس أو مشرف على التنفيذ بوقوع ذلك الأخلال ، وكل هذه الصور تقع تحت طائلة أحكام الوثيقة رقم ٤٥٨ المذكورة .

وعلى أى حال ، فإنه يجدر على الدوام مراعاة التوازن بين مصالح المستفيد ومصالح المدين ، مع محاولة حماية المدين من مغبة أى مطالبة غير مبررة ، ومن ثم غير عادلة لتسييل الضمان . وتضع غرفة التجارة الدولية ذلك فى اعتبارها - وفقاً لمبادئ الأنصاف وحسن المعاملة - مستلزمة تقدم المستفيد على الأقل بطلب التسييل كتابة ، ومصحوباً بإقرار يبين فيه أن المدين قد أخل بالتزامه المضمون ، ويوضح الوجه الذى يعتبر أن أخلاله ذاك قد جاء عليه .

رابعاً - المطالبات

مادة (١٧) :

دون إخلال بأحكام المادة (١٠) عندما يتلقى الضامن مطالبة يبلغ بلا توان الملتزم الأسمى ، أو الطرف الأمر إذا كان ذلك وارداً . وفى هذه الحالة يتولى هذا الأخير إبلاغ المدين الأسمى .

مادة (١٨) :

يخفض المبلغ القابل للسداد بمقتضى الضمان بأى مقدار يدفعه الضامن لتلبية لطلب مقدم وفقاً لما هو منصوص عليه فى ذلك الضمان . وإذا ما استنفد المبلغ القابل للسداد تحت الضمان دفعاً أو تخفيضاً ، إنقضى الضمان بذلك ، سواء رد الضمان ، أو أى تعديل أدخل عليه ، للضامن أو لم يرد إليه .

مادة (١٩) :

تقدم المطالبة وفقاً لما هو منصوص عليه فى الضمان ، قبل انقضائه ، أى فى التاريخ المحدد لانتهاء الضمان أو قبل ذلك التاريخ ، وقبل أى واقعة منهيّة للضمان على ما أوضحتها المادة ٢٢ . ويوجه الخصوص ، فإن كافة المستندات المحددة فى الضمان من أجل المطالبة ، وأى بيان مستلزم بالمادة ٢٠ يجب أن يقدم إلى الضامن قبل إنقضاء الضمان وذلك بـمكان إصداره ، والأرفضت المطالبة من قبل الضامن .

مادة (٢٠) :

(١) تكون المطالبة بدفع الضمان كتابة ، ومعززة * ببيان كتابى * يقر :

١ - أن المدين الأصلي قد خالف التزامه أو التزاماته المتفق عليها فى العقد الذى أبرام لأجله الضمان أو العقود التى أبرم لأجلها ، وفى حالة ضمان العطاء ، أن المدين الأصلي قد خالف شروط العطاء .

٢ - وجه المخالفة الواقعة من المدين الأصلي .

(ب) تكون المطالبة بدفع الضمان المقابل مدعومة ببيان كتابى بأن الضامن قد تلقى مطالبة بالسداد فى ظل الضمان وفقاً لشروط وأحكام هذه المادة .

(هـ) هذا بالإضافة إلى المستندات الأخرى التى قد تكون موضحة فى الضمان .

(هـ هـ) سواء أدرج فى المطالبة ذاتها ، أو فى مستند مستقل ، أو مستندات مستقلة مصاحبة للمطالبة ومشار إليها فيها .

(جـ) تسرى الفقرة (١) من هذه المادة فيما عدا ما ينص على استبعاده صراحة
فى وثيقة الضمان . وتسرى الفقرة (ب) من هذه المادة فيما عدا ما ينص على
استبعاده صراحة فى وثيقة الضمان المقابل .

(د) لا تأثير لهذه المادة على تطبيق المواد ٢ (ب) و ٢ (جـ) و ٩ و ١١

مادة (٢١) :

يرسل الضامن بلا ادنى تأخير مطالبة المستفيد وأى مستندات ملحقة بها إلى
المدين الأصلي ، وكما كان ذلك وارداً ، إلى الأمر بالضمان كى يتولى هذا الأخير
إرسالها إلى المدين الأصلي .

خامساً - احكام الانقضاء

مادة (٢٢) :

يكون إنقضاء الأجل المحدد فى الضمان لتقديم المطالبات بتاريخ محدد بالتقويم
الميلادى (calendar date) ويطلق على هذا التاريخ « تاريخ الانقضاء » expiry
(date) أو بالتقدم إلى الضامن بالمستند أو المستندات المحددة فى وثيقة الضمان
لفرض الانقضاء (ويطلق على هذه الواقعة « واقعة الانقضاء » « expiry event »)
فإذا نص فى الضمان على تاريخ وواقعة للانقضاء ، فإن الضمان ينقضى بتحقيق أى
منهما أولاً ، وذلك سواء رد الضمان والمستندات المتصلة به أو لم يرد .

ويبين مما تقدم أن الضمان ينقضى لأحد سببين : إما حلول تاريخ معين لهذا
الإنقضاء ، أو تقديم مستند أو مستندات يرتب تقديمها هذا الإنقضاء . وأى من هذين
السببين يكفى لى نون الآخر لإنقضاء الضمان . وينص فى الضمان على أى من هذين
السببين لإنقضاء الإلتزام بالضمان . فإذا نص فى الضمان على السببين ، فإن أياً من
هذين السببين يكفى عند تحققه لإنقضاء الضمان . هذا ، ويتحقق إنقضاء الضمان فى
العالمين ، سواء أعميت أوراق الضمان إلى الضامن أو لم تعد ، فإن هذه الأوراق بعد
إنقضاء الإلتزام بالضمان على أى من الوضعين السابق بينهما تصبح غير مؤثرة
قانوناً .

مادة (٢٣) :

بصرف النظر عن أى حكم من أحكام الانقضاء تضمنتها هذه الوثيقة ، يعتبر الضمان ملفيا cancelled بتقديم الضمان ذاته إلى الضامن أو تقديم إقرار مكتوب من المستفيد بإبرائه منه written statement of release ، وسيان فى هذه الحالة الأخيرة أن يرد الضمان ، أو أى تعديل أدخل عليه ، أو لا يرد .

مادة (٢٤) :

عند إنتهاء الضمان guarantee has terminated سواء بالسداد أو الإنقضاء أو الإلغاء أو أى نحو آخر ، فإن إحتجاز وثيقة الضمان أو أى تعديل أدخل عليها لا يحفظ للمستفيد أى حق له فى ظل الضمان .

مادة (٢٥) :

عند علم الضامن باستتفاد الضمان سواء بالسداد أو الإنقضاء أو الإلغاء أو أى سبب آخر ، أو علمه بحدوث تخفيض للمبلغ الكلى القابل للدفع منه . يبلغ الضامن دون إبطاء المدين الأسمى بذلك ، أو حيثما استلزم ذلك ، يبلغ الأمر بالضمان وفى هذه الحالة يتولى الأمر بالضمان إبلاغ الملتزم الأسمى .

مادة (٢٦) :

إذا طلب المستفيد مدأ لصلاحية الضمان extention of the validity of the guarantee كبديل لمطالبة بالسداد مقدمة وفقاً لشروط وأوضاع الضمان وقواعد هذه الوثيقة ، يبلغ الضامن ذلك دون إبطاء إلى الطرف الذى أصدر إليه الأمر بالضمان وعندئذ يوقف الضامن دفع المطالبة suspend payment of the demandad المدة المناسبة للسماح للمدين الأسمى والمستفيد بالتوصل إلى إتفاق بشأن منح هذا المد ، والسماح للمدين الأسمى بإتخاذ ما يلزم لإصدار مثل هذا المد .

وما لم يصدر المد خلال المدة الممنوحة على النحو الموضح بالفقرة السابقة يكون الضامن ملزماً بأن يدفع للمستفيد مطالبته المطابقة للضمان بون تطلب أى إجراء آخر من جانب المستفيد . ولا يتحمل الضامن أية مسئولية (عن فوائد أو غير ذلك) إذا تأخر السداد إلى المستفيد كنتيجة مترتبة على الإجراء المتقدم ذكره .

وحتى إذا وافق المدين الأصلي على هذا المد ، أو طلب مثل هذا المد ، فإنه لن يمنع إلا إذا وافق عليه الضامن والطرف الأمر بدورهما .

سادساً - القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص

مادة (٢٧) :

ما لم ينص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل (ضمان الضمان) فإن القانون الذى يحكم أيهما هو قانون المركز الرئيسى لأعمال * الضامن أو الطرف الأمر (بحسب الأحوال) فإذا كان للضامن أو الطرف الأمر فروع لأعماله يكون القانون الواجب التطبيق قانون الفرع الذى أصدر الضمان أو الضمان المقابل .

مادة (٢٨) :

ما لم ينص على خلاف ذلك في الضمان أو الضمان المقابل ، فإن أية منازعة تنشعب بين الضامن والمستفيد بشأن الضمان ، أو بين الطرف الأمر والضامن بشأن الضمان المقابل ، يختص بالفصل فيها قضاء البلد الذى يتبعه موطن عمل** الضامن أو الطرف الأمر (بحسب الأحوال) فإذا كان للضامن أو للطرف الأمر أكثر من موطن عمل يكون الاختصاص لمحاكم البلد الذى يتبعه الفرع الذى أصدر الضمان

the place of business (*)

place of business (**)

أو الضمان المقابل .

* * * * *

ويجدر أن نلاحظ في هذا المقام الفارق الكبير بين وثيقة من وثائق غرفة التجارة الدولية ببائيس ، وبين وثيقة من وثائق اليونسيترال ، فإن وثائق الأونستيرال تنتهى فى أغلب الأحوال إلى أن تتخذ شكل اتفاقية دولية ملزمة للدول الموقعة عليها . ومن ثم تضى أحكام هذه الاتفاقية جزءاً مكملاً للنظام القانونى المطبق فى كل من تلك الدول . أما وثائق غرفة التجارة الدولية ببائيس فالقوة الملزمة لما تتضمنه من أحكام تظل على مستوى العلاقة التعاقدية التى تنص فى بنودها على إتفاق الطرفين على العمل بالأحكام التى تضمنتها الوثيقة . وعلى ذلك فإن هذه الأحكام تضى جزءاً لا يتجزأ من العقد المبرم بين طرفيه . ومن ثم إذا لم ينص صراحة فى العقد على العمل بأحكام وثيقة من وثائق الغرفة فإنه لا يكون ثمة محل لتطبيقها ، والرجوع إليها . فأحكام تلك الوثائق لا تكون ملزمة إلا فى الإطار وعلى المستوى التعاقدى . كما إنه إذا تضمن القانون الواجب التطبيق على المنازعة الناشئة عن العلاقة التعاقدية أحكاماً مرة تنص على خلاف ما نصت عليه أحكام الوثيقة ، فإن هذه الأحكام لا يجوز تطبيقها لمخالفتها آنذاك للنظام العام فى البلد الذى يكون قانونها هو القانون واجب التطبيق ** .

ولهذا فإن أحكام « تأمين العقد » التى أوردها القانون النموذجى لاشتراء السلع والأنشاءات والخدمات الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (يونسيتيرال) - والتى سنعرضها فى الفصل الخامس - تكون قد غطت جانباً من الجوانب التى إنصب عليها إنشغال غرفة التجارة الدولية ببائيس فى وثيقتيها رقمى ٣٢٥ و ٤٥٨ المشار إليهما فى هذه الدراسة .

* وعلى سبيل المثال فى هذا المقام المادة ١٥١ من الدستور المصرى العالى .
** راجع تقرير اليونسيتيرال بجلسة ٢٢ إبريل ١٩٨٨ فى هذا الشأن .

الفصل الخامس

**تأمينات العطاء بين قانون اليونسيترال
النموذجي والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم
المناقصات والمزادات ولائحته التنفيذية**

تعليمية :

على هذه الصفحات عن « تأمينات العطاء » TENDR SECURITIES نجرى مقارنة بين أحكام قانوننا المحلى وقانون اليونسيترال النموذجى لنستخلص ما يستمدى من هذه الأحكام التعديل فى ضوء القانون النموذجى إن كان لذلك مقتضى من ناحية ، ومن ناحية أخرى تأييد ما أورده نظامنا المحلى من أحكام تراكب ما توصل اليه القانون النموذجى ، ويجرى العمل بها لدينا منذ إحدى عشرة عاماً (١٩٨٢ إلى ١٩٩٤) ان لم يزد على ذلك بكثير فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات السابق على القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ والذي حل هذا القانون الأخير محله .

والمقصود « بالقانون النموذجى » الوثيقة التى وافقت عليها « لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى » المعروفة « باليونسيترال »* فى دورتها السابعة والعشرين المنعقدة بنيويورك فى الفترة من ٣١ مايو إلى ١٧ يونيه ١٩٩٤ بأسم « القانون النموذجى لاشتراء السلع والأنشاءات والخدمات **» ويشار إليها أيضاً « بالقانون النموذجى » .

(*) The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

واليونسيترال جهاز من أجهزة الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة ، أنشئ لتتبع التنمية للتاسق والتوحيد بين النظم فى مجال قانون التجارة الدولية ، وذلك بإزالة ما كان غير ضرورى من عقبات فى طريق التجارة الدولية يسببها القصور والتفاوت بين القوانين المحلية المؤثرة فى هذه التجارة . وطوال ربع قرن من الزمان لجأت اليونسيترال - التى تتألف عضويتها من دول منتمية إلى مختلف مناطق العالم ، وتتفاوت مستويات النمو الاقتصادى فيها - إلى تحقيق مهمتها بصياغة إتفاقيات دولية تطرح على الجمعية العامة للأمم المتحدة ، فإذا ووفق عليها إنفتح الطريق إلى التوحيد والتنسيق بين الأحكام الخاصة بشتى نواحى التجارة الدولية . وقد كان من هذه الإتفاقيات على سبيل المثال إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع ، وإتفاقية النقل البحرى للبضائع (قواعد هامبورج) وقانون اليونسيترال النموذجى بشأن التحكيم الدولى ، ودليل عقود البناء ، وغير ذلك من الوثائق .

(**) The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services

ويجدر أن نشير فى هذا المقام إلى صعوبة الترجمة الدقيقة إلى العربية لكلمة procurement ونرى أن أنسب ترجمة لها هى « تجهيز المشروعات » وقد استخدمنا هذه الترجمة أكثر من مرة فى دراسات سابقة منشورة . على أننا وإن كنا نفضل هذه الترجمة على « المناقصات » بل وأيضاً على « الاشتراء » وهو الاصطلاح الذى استعملته اللجنة الدولية إلا أننا فى الدراسة الحالية نستعمل الترجمات الثلاثة على قدم المساواة ، للتعبير عن مدلول قانونى واحد بصفة عامة .

ومن المفيد أن نتصدى لبيان الإطار العام لهذه الوثيقة ، مع بيان مضمون أحكامها فى شأن « تأمينات العطاء » . ثم نتطرق أيضاً إلى بيان ما تضمنه القانون المصرى من أحكام بشأن هذه التأمينات أو بعبارة أخرى « ضمانات المزايدات والمناقصات » فالعطاءات يطلق عليها القانون المصرى « المزايدات والمناقصات » . وبعد ذلك نمضى إلى إجراء المقارنة بين أحكام القانون المصرى وأحكام قانون اليونسيترال النموذجى فى صدد هذا الموضوع .

ولهذا فانتنا نقسم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : نخصه أولاً لبيان الإطار العام لوثيقة اليونسيترال المذكورة .
ثانياً لبيان مضمون أحكامها فى شأن « تأمينات العطاء » .

المبحث الثانى : نخصصه لاستعراض أحكام القانون المصرى فى شأن هذه التأمينات .

المبحث الثالث : نخصصه للمقارنة بين أحكام القانون النموذجى والقانون المصرى فى صدد موضوع « تأمينات العطاء » .

المبحث الأول : الإطار العام لقانون اليونسيترال النموذجى
و مضمون أحكامه فى شأن « تأمينات العطاء » :

المطلب الأول : الإطار العام للقانون النموذجى :

أولاً : خلفية تاريخية من قانون اليونسيترال النموذجى :

١ - وضع « القانون النموذجى » كى يستخدم من جانب الدول كنموذج لتقويم وتحديث قوانينها وممارساتها بشأن تجهيز المشروعات العامة وتزويدها بالسلع والأنشاءات والخدمات اللازمة لها (وهو ما يطلق عليه أيضاً لوائح المناقصات والمزايدات) كما وضع « القانون النموذجى » أيضاً للإسترشاد به فى إصدار التشريعات بهذا الخصوص حيث ليس لمثل هذه التشريعات فى بعض البلدان وجود بعد

وقد ألحق نص « القانون النموذجي » بتقرير الأونسيترال عن أعمال دورتها السابعة والعشرين وفي ذات الدورة صدقت اللجنة أيضاً على « دليل » إرشادي يرفق بذلك القانون ويستخدم في مزيد من الفهم لما تضمنه القانون النموذجي من أحكام * .

١ - القانون النموذجي :

١ - وقد كان القرار الذي اتخذته اليونسيترال لصياغة تشريع نموذجي بشأن الاشتراء (المناقصات والمزايدات) استجابة لحقيقة مؤداها إنه في عديد من البلاد يعتبر التشريع المعمول به بشأن الاشتراء ^(*) غير صالح للتطبيق ، أو عفا عليه الزمن بحيث يحتاج إلى التعديل. وهذا كله يفضي إلى عدم الفعالية والجنوى في إجراءات تجهيز المشروعات العامة ، ومحاربة الانحرافات ، كما يفضي إلى فشل الجهات العامة المشتري في التحصل على السلع والإنشاءات والخدمات المناسبة في مقابل اتفاق الإعتمادات المالية العامة . وإذا كانت القوانين والممارسات الصالحة في مجال تزويد المشروعات العامة بما هي في حاجة إليه من سلع وإنشاءات ضرورية في كافة البلاد ، إلا أن الحاجة إلى مثل هذه القوانين والممارسات الصالحة تزيد على الأخص في عديد من البلدان الأخذة في النمو، وكذلك في بلدان تمر اقتصادياتها بمرحلة التحول . وفي هذه البلاد يتوجه الغالبية العظمى من عمليات اشتراء السلع والإنشاءات والخدمات إلى القطاعات الحكومية العامة . وكثير من هذه التجهيزات تتعلق بمشروعات هي جزء أساسي من برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية . وهذه البلاد تعاني على الأخص من عجز في الإعتمادات المالية التي يمكن استخدامها في الاشتراء . ولهذا كان أمراً على جانب كبير من الأهمية أن تجرى عمليات تجهيز هذه المشروعات على أكمل وجه يمكن من تحقيق الفائدة المرجوة لها . وتتعاظم الفائدة من « القانون النموذجي » في

(*) اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسيترال) في دورتها السابعة والعشرين القانون النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات، دون أن تبطل به القانون النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات الذي اعتمدته في دورتها السادسة والعشرين ، فالنص الحالي الموحد يتكون من الأحكام الواردة في القانون النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات مضافاً إليها أحكام تتعلق باشتراء الخدمات وأصدرت اللجنة أيضاً « الدليل التشريعي للقانون النموذجي لاشتراء السلع والإنشاءات والخدمات » الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (A/CN.9/403)

(**) يقصد بالاشتراء « اختيار السلع أو الإنشاءات أو الخدمات » (المادة ٢ من القانون النموذجي الخاصة بالتعاريف) .

دول تمر أنظمتها الاقتصادية بمرحلة تطوير ، ذلك أن إصلاح «نظام المناقصات العامة» يعتبر ركيزة هامة للإصلاحات القانونية المتخذة لزيادة الاتجاه نحو اقتصاديات السوق.

٢ - وبغضاً عن ذلك ، فإن « القانون النموذجي » قد يساعد في علاج المساوئ النابعة عن الأنظمة التشريعية غير السليمة للمناقصات العامة على المستوى المحلي مما يخلق عقبات في طريق التجارة الدولية . كما أن التفاوت بين الأنظمة القانونية الوطنية التي تحكم تجهيز المشروعات (المناقصات) قد يفضي إلى التضييق من إمكانية الحكومات في الحصول على أسعار تنافسية ومزايا الجودة المتاحة من خلال المناقصات الدولية ، أو بعبارة أخرى الحصول على أفضل السلع والأنشطة والخدمات بأرخص الأسعار وأجود الأصناف من خلال المناقصة على أساس دولي . على أنه في الوقت ذاته ، تبدو قدرة الموردين والمقاولين واستعدادهم على البيع إلى حكومات أجنبية معرقة بحالة عدم الصلاحية ، والتفاوت التي تكون عليها تشريعات الاشتراء أو تجهيز المشروعات في عديد من بلدان العالم .

ب - الدليل :

١ - عند إعداد ثم إقرار « القانون النموذجي » ، وضعت اللجنة في اعتبارها أن القانون النموذجي سوف يكون أداة أكثر فعالية للدول من أجل عصنة تشريعات الاشتراء (المناقصات والمزايدات) لديها ، متى زودت الأجهزة الحكومية والمجالس النيابية والتشريعية بدليل تفسيري يساعدها على استعمال « القانون النموذجي » . وقد وضعت اللجنة في اعتبارها أيضاً احتمال استخدام « القانون النموذجي » في عدد من الدول ذات الدراية المحدودة بآليات المناقصات وإجراءاتها على ما وردت عليه في «القانون النموذجي» .

٢ - وتهدف المعلومات الموضحة بالدليل إلى شرح السبب في إدراج أحكام «القانون النموذجي» كحد أدنى وأساسى للسماح التي يجب أن يتحلى بها نظام قانوني محلي للمناقصات والمزايدات صمم لتحقيق الأهداف الميئة في ديباجة « القانون النموذجي » ومثل هذه المعلومات يمكن أن تساعد الدول أيضاً في ممارسة الخيارات المعروضة « بالقانون النموذجي » ، وفي إعتبار أى هذه الخيارات ، إن كان ثمة خيارات ، توضع في الإعتبار بمراعاة بعض الظروف الوطنية الخاصة . وعلى سبيل المثال ، أدرجت بعض الخيارات بالنسبة لموضوعات من المتوقع أن تعالج

معالجات مختلفة من دولة إلى أخرى . كـتعريف « الجهة القائمة بالاشتراء » الذى يتعلق بإطار تطبيق القانون النموذجى ، والحصول على موافقات مستويات أعلى بالنسبة لقرارات وإجراءات مفتاحية فى مسار المناقصة أو المزايدة ، وانتهاج أساليب للاشتراء غير المناقصة والمزايدة تستخدم فى حالات إستثنائية ، وتبيان صور ومعالجات متاحة فى إطار مراجعة الإجراءات . وفضلاً عن ذلك ، فقد وضع فى الاعتبار أن القانون النموذجى هو «إطار» لقانون يتبع هيكل أدنى من الأحكام الأساسية ، ويواجه إصدار لوائح المناقصات ، ومن ثم فإن الدليل يحدد ويناقش مجالات محتملة التنظيم بلائحة بدلاً من القانون .

ثانيا : السمات الأساسية للقانون النموذجى :

١ - أهداف القانون النموذجى :

إن أهداف « القانون النموذجى » تتضمن زيادة فعالية المنافسة ، وفقاً للمعاملة العادلة للموردين والمقاولين المتقدمين بمطاعاتهم لتجهيز المشروعات الحكومية ، وتعزيز الوضوح والموضوعية فى إجراءات المناقصات العامة . وهذه أمور أساسية لرعاية الاقتصادية والفعالية فى تجهيز المشروعات (المناقصات والمزايدات) والحد من الأساليب التى قد تشوب إجراءات ذلك التجهيز . ويتوقع واضعو القانون النموذجى أنه إذا أخذ تشريع دولة من الدول بالأحكام المبينة فى هذا القانون بشأن اشتراء السلع والأنشاءات والخدمات فإن هذه الدولة ستحقق منافعاً من الأطمئنان إلى أن الحكومة وهى تجرى مشترياتها إنما تتفق الإعتمادات العامة على نحو تلتزم فيه بالمسئولية . ومن ثم سيتأكد حصولها على القيمة العادلة ، كما سيتحقق مناخ ملائم من الثقة لدى الأطراف التى تعرض البيع على الحكومة بأنهم يحصلون على الثمن العادل لما يوردونه من سلع وما ينشئونه من أبنية وما يقدمونه من خدمات .

ب - نطاق القانون النموذجى :

١ - صمم « القانون النموذجى » ، على ما أقرته اليونسيترال فى دورتها السابعة والعشرين ، كى يطبق على مناقصات السلع والأنشاءات والخدمات كافة التى تتولاها الجهات القائمة بالمناقصات فى الدول المطبقة للقانون النموذجى . (المادة ١ فقرة ١ من

القانون النموذجي) وعلى مستوى التطبيق ، تلقى أهداف القانون النموذجي أفضل تحقيق باتاحة أوسع تطبيق ممكن لأحكام ذلك القانون .

ومن ثم ، لئن تضمن « القانون النموذجي » نصاً باستبعاد مشتريات قطاعي الدفاع والأمن القوميين من تطبيق أحكامه (المادة ١ فقرة ٢ - ١) فضلاً عن أماكن استبعاد قطاعات أخرى يشار إليها في قانون الدولة الأخذة بالقانون النموذجي أو في لوائح مناقصاتها (المادة ١ فقرة ٢ - ب) إلا إنه من أجل تيسير أوسع تطبيق القانون النموذجي على مناقصات الحكومة ، نص في المادة ١ فقرة ٣ منه على أنه حتى وإن استبعدت هذه القطاعات ، فمن الممكن ، بحسب ما تقرره الجهة القائمة بالاشتراء وتفصح عنه في أوراق الدعوة إلى المناقصة ، أن تطبق قدر المستطاع القانون النموذجي على مناقصات هذه القطاعات .

٢ - ومن المهم أن تشير إلى أن المادة (٣) من القانون النموذجي قد أعلت من الالتزامات الدولية الملقة على عاتق الدولة التي تتبع القانون النموذجي - أعلت تلك الالتزامات الدولية على أي التزام يقضى به القانون النموذجي في سبيل تطبيق القواعد التي تشترطها الحكومات الأجنبية أو الهيئات الدولية بالنسبة لمناقصات السلع والإنشاءات والخدمات اللازمة لتجهيز المشروعات الممولة منها ^(٥) . على أنه مهما كان ذلك ، فإن القانون النموذجي يظل يلقي التطبيق فيما لم يرد بشأنه نص صريح يرتب على عاتق الدولة التزاماً دولياً .

وقد نصت المادة (٣) من القانون النموذجي على أنه إلى الحد الذي لا يتعارض فيه هذا القانون مع التزام على عاتق الدولة ناشئ عن (١) معاهدة (ب) إتفاقية بينها وبين منظمة تمويل نواية أو منظمة تمويل من حكومة أجنبية أو أكثر (ج) تعاهد بين حكومة اتحادية وبين ولاية أو أكثر من الولايات التي تتألف منها ، أو بين اثنين أو

(٥) كما يحدث على سبيل المثال بالنسبة لإتفاقيات القروض والمنح المبرمة مع حكومات أو هيئات تمويل أجنبية أو دولية . وتتضمن مثل هذه الإتفاقيات لإفادة من التمويل الذي يتبعه القرض أو المنحة اشتراطات وإجراءات معينة على وجه التحديد . وكذلك فإن التجمعات الاقتصادية الإقليمية تضمن لوائحها ، ومن ثم إتفاقياتها ، موجبات بشأن المناقصات والمزايدات التي تجرى بتمويل منها .

أكثر من هذه الولايات - فإن متطلبات المعاهدة أو الإتفاقية سوف تسود وتعلو . على أنه فيما عدا ذلك ، فإن المناقصة تظل محكومة بهذا القانون النموذجي .

٣ - عنى « القانون النموذجي » ببيان الإجراءات التي يجدر أن تستخدم من قبل الجهات القائمة بالتجهيز في اختيار المورد أو المقاول الذي سوف تدخل معه في عقد تجهيز معين . ولم يستهدف القانون النموذجي مواجهة « مرحلة تنفيذ العقد » . وتبعاً لذلك ، فلا توجد في القانون النموذجي أحكام عن موضوعات تثار في مرحلة وضع العقد موضوع التنفيذ ، مثل إدارة العقد ، أو فسخ ما يثيره أداء العقد من منازعات ، أو إنهاء العقد . فقد ترك للدولة المطبقة للقانون النموذجي مهمة توفير القوانين واللوائح المناسبة للتعامل في مرحلة تنفيذ عقود اشتراء السلع والأنشاءات والخدمات .

ومصادقاً على ذلك لم يتضمن القانون النموذجي احكاماً تتعلق « بتأمين الدفعات المسبقة » في حين نصت المادة ٢٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ على أنه « يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد » (٥).

كما لم يشر القانون النموذجي إلى ما إذا كان يجوز تخفيض المبلغ المحدد للمسئولية المعين في الضمان بسبب أى تنفيذ جزئى للعقد ، وذلك إذا لم ينص على ذلك في الضمان أو العقد (٥٥).

(٥) كما نصت المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ على أن يصرف للمقاول دفعات على الحساب تيمناً لتقديم الأعمال على النحو الآتى :

(١) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات ، وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠٪ من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلاً بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها ، وأن تكون مشحونة بموقع العمل في حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلى اللازم . وذلك من واقع فئات العقد .

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقلاً تقوم جهة الإدارة بتحرير الكشوف الشهرية بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلاً ، ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائياً بعد مدة الضمان وتقنين المقاول المحضر الرسمي الدال على ذلك يسرى الحساب النهائي ، ويبلغ للمقاول باقى حسابه بما في ذلك التأمين النهائي أو ما تبقى منه .

(٥٥) وعلى ذلك إذا انصرفت نية الأطراف إلى تخفيض مبلغ الضمان بواقع نسبة ما تم من تنفيذ تدريجي للعقد ، أو باقى نسبة أخرى ، فيتعين أن ينص على ذلك صراحة في الضمان . ومن الجلى أيضاً ، أنه سوف يكون مرغوباً فيه أن يرد حكم بهذا المعنى في العقد الذى يعطى بشأته الضمان .

ج - القانون النموذجي لقانون هيكل يكمّل بلوائح تكفل حسن التنفيذ

بقى أن نشير إلى أمر على غاية من الأهمية بالنسبة لوضع القانون النموذجي موضع التنفيذ . وهذا الأمر يتعلق بطبيعة ذلك القانون ، فهو نوطابع هيكل ، أي أن ما فيه أميل إلى أن يكون أحكاماً عامة ، إن لم تكن شديدة العمومية . ومن ثم مجرد موجّهات أو مؤشرات لما يجب أن يكون عليه الوجه الأكمل لتجهيز المشروعات الحكومية . ويقتضى الأمر إذن من الدول الأخذ به تطبيق هذا النموذج أن تضع اللوائح التفصيلية لإخال هذا القانون إلى حيز التنفيذ على ما تطلع إليه واضعو هذا القانون بصياغته على هيئة إطار نموذجي لموضوع يشغل التجارة الدولية وحسن تحقيقها لأغراضها .

وبعبارة أخرى ، فإنه يقصد بالقانون النموذجي تزويد الهيئات القائمة بالتجهيز (الاشتراء) في مختلف الدول المعنية بكافة المبادئ والأصوليات اللازمة لتولى إجراءات التجهيز (المناقصة) على أكمل وجه مرتقب في كافة الظروف التي يحتمل أن تواجهها . على أنه يجب ألا يغيب عن البال بأي حال أن القانون النموذجي ليس سوى إطار أو هيكل لا يتضمن بذاته كافة القواعد والترتيبات التي قد تكون لازمة لوضع تلك الإجراءات موضع التنفيذ في الدولة المطبقة له . وتبعاً لذلك ، فإن القانون النموذجي يقتضى من الدولة المعنية بالتطبيق إصدار « لوائح الاشتراء » (لوائح المناقصات) المناسبة ، لتفطى بذلك تفاصيل الإجراءات التي يخولها القانون النموذجي ، واضحة في الاعتبار خصوصيات الظروف المتغيرة .

المطلب الثاني : مضمون أحكام القانون النموذجي بشأن تأمينات العطاء :

أولاً : حاجة العطاء إلى التامينات :

قد تتعرض الجهة الداعية إلى المناقصة لخسائر ، إذا سحب الموردون أو مقاولو
الأنشاءات عطاءاتهم ، أو إذا لم يتم التعاقد مع مورد أو مقاول رسا عليه العطاء ، وكان
ذلك راجعاً إلى خطأ من جانبه (٥)

ولهذا ، فقد خولت المادة ٣٢ من القانون النموذجي بشأن مناقصات السلع وأعمال
البناء للجهة الداعية للمناقصة أن تستلزم من الموردين ومقاولي أعمال البناء المشاركين
في المناقصة أن يتقدم كل منهم بتأمين عطاء لتغطية مثل هذه الخسائر أن حدثت من
ناحية ، ولثباته عن التزامه (٥٥) من ناحية أخرى .

وقد أدرجت في المادة ٣٢ من القانون النموذجي ما يكفل أن يكون تطلب تأمين
العطاء على نحو فيه نصفه وأعتدال من ناحية ، ومحققاً للغرض المستهدف من ناحية
أخرى ويمثل هذا الغرض في (أ) التزام كل من الموردين والمقاولين بالدخول في عقد
تجهيز المشروع العام على أساس من العطاء الذي تقدم به و (ب) أن يبادر إلى تقديم
« تأمين الأداء » للعقد الذي رسا عليه لو كان مطالباً بذلك .

(٥) ففي هذه الأحوال ، قد تتحمل الجهة الداعية إلى المناقصة على سبيل المثال تكاليف إجراء
المناقصة الجديدة ، والخسائر الراجعة إلى التأخر في تلقي السلع والأنشاءات المطلوبة (دليل
اليونسيترال للقانون النموذجي على ما صاغته اللجنة في دورتها السابعة والعشرين ص ٤٣) .

(٥٥) على أن الجهات الداعية للمناقصة ليست مطالبة بأن تستلزم « تأمين العطاء » هذا
بالنسبة لكافة ما تجرى من مناقصات . ولا تكون تأمينات العطاءات ذات شأن عادةً إلا إذا كان محل
المناقصة إنشاعات أو بضائع مرتفعة القيمة . أما في مناقصات السلع منخفضة القيمة - رغم أنه قد
تكون من الجدير تطلب تأمين عطاء بشأنها في بعض الأحوال - فإن المخاطر التي تواجهها الجهة
الداعية للمناقصة في مثل هذه المناقصات ، والخسائر المتوقعة عادةً ما تكون خفيفة ، بينما يكون
تطلب العطاء في مثل هذه الحالة سبباً في ارتفاع سعر العقد الذي تتمكس عليه تكلفة تقديم تأمين
العطاء ، إذ أن تلك التكلفة سوف تكون داخلة في تقدير ذلك السعر . (الدليل - ص ٤٣) .

ثانياً : تأمينات العطاء الصادرة من مؤسسة تأمينية غير محلية :

وقد أدرجت الفقرة ١ (د) من المادة ٣٢ من القانون النموذجي لازالة العقبات غير الضرورية التي تقف في وجه اشتراك الموردين والمقاولين الأجانب لو كانوا ملزمين بتقديم تأمينات صادرة عن مؤسسات في البلد المستلزمة لهذه القيود . فنصت الفقرة المذكورة على أن الجهة الداعية إلى المناقصة لن ترفض تأمين عطاء بحجة أن مصدر تأمين العطاء ليس مقيماً بدولتها ، مادام قد استوفى تأمين العطاء ، ومصدر هذا التأمين ، الشروط التي تضمنتها وثائق المناقصة .

وعلى أي حال ، فإن ثمة لغة تمييزية في نهاية الفقرة (١-د) (تتيح المرونة في مقام هذه الخصوصية للجهات الداعية للمنافسة في دول يعتبر قبول تأمين عطاء صادر عن مؤسسة تأمينية غير محلية منافياً للقانون الوطني . وقد جرت هذه اللغة التمييزية بتحفظ مؤداه أن الجهة الداعية للمنافسة لن ترفض تأمين العطاء بحجة أن مصدر التأمين ليس مقيماً بدولتها ، ما لم يكن قبول الجهة الداعية للمنافسة لمثل تأمين العطاء هذا فيه مخالفة لقانون من قوانين هذه الدولة .

وأشار الدليل في صدد التفسير للمادة ٣٢ من القانون النموذجي إلى أنه يقصد بتعزيز تأمين العطاء أن يوضع في الاعتبار ما هو متبع في بعض الدول من تطلب « تعزيز محلي » لتأمين العطاء إذا ما كان التأمين صادراً من مؤسسة بالخارج . على أن الإشارة إلى مثل هذه الممارسة ليس مقصوداً بها تشجيعها في المناقصات الدولية . وبخاصة أن استلزام « تعزيز محلي » قد يضع عقبة أمام تقديم موردين ومقاولين أجانب بعطاءاتهم والسير فيها ^(٥) .

ولكى يكون المتقدم إلى المناقصة على بينة من أمره ، ومما سيكون موقف الجهة الداعية للمنافسة من قبول التأمينات المقدمة منه نصت الفقرة ١ - د من المادة ٣٢ من القانون النموذجي على أنه « قبل التقدم بعطاء ، يجوز للمورد أو المقاول أن يطلب من

(٥) وعلى سبيل المثال صعوبات الحصول على التعزيز المحلي قبل انقضاء أجل المحدد لتقديم العطاءات ، فضلاً عما يقتضيه ذلك من تكاليف إضافية على عاتق الموردين ومقاولي البناء الأجانب (الدليل - ص ٤٣) .

الجهة الداعية المناقصة (المشتري) أن « تصدق على مقبولة مصدر مقترح لضمان العطاء أو على مقبولة مصدق مقترح ، إذا كان مطلوباً . وعلى الجهة المشتري أن ترد على الطلب على الفور » .

على أن الموافقة على قبول المصدر أو المعزز (المصدق) المقترح لتأمين العطاء - على حدما نصت عليه الفقرة ١ - هـ من المادة ٣٢ من القانون النموذجي - لا يصابر حق الجهة الداعية للمناقصة في رفض تأمين العطاء ، إذا كان هذا المصدر أو المعزز بحسب الأحوال قد لحقه إفسار أو زایلته الثقة الائتمانية الواجبة . .

ثالثاً : شروط تأمين العطاء توضحها أوراق الدعوة للمناقصة :

ولزيادة في الوضوح ، وتقديراً لكل لبس نصت الفقرة (١ - و) من المادة ٣٢ من القانون النموذجي على أن تحدد الجهة الداعية إلى المناقصة في أوراق الدعوة إلى المناقصة أي متطلبات تتعلق بتأمين العطاء ، سواءً من حيث مصدره ، وطبيعته ، وشكله ، ومبلغه ، وغير ذلك من شروط أساسية مطلوبة .

كما نصت المادة ٣٢ المذكورة في الفقرة (١ - ب) منها على أنه عندما تشترط الجهة الداعية إلى المناقصة على الموردين والمقاولين المتقدمين بعطاءاتهم أن يتقدموا بتأمين عطاء فإن .. وثائق المناقصة تنص على أن مصدر تأمين العطاء والمعزز له - إذا كان له وجود - وكذلك شكل التأمين واشتراطاته يجب أن يكون كل ذلك مقبولاً من الجهة الداعية إلى المناقصة .

وعلى ذلك فإن تأمين العطاء بحسب أحكام القانون النموذجي هو (١) تأمين تتطلبه الجهة الداعية إلى المناقصة (٢) وتنص عليه في أوراق للدعوة إلى المناقصة (٣) وتبين ما تتطلبه من شروط وأوضاع في هذا التأمين ، سواءً من حيث طبيعته ، أو شكله ، أو مبلغه ، أو مصدره ، أو غير ذلك من شروط أساسية ترى الجهة الداعية إلى المناقصة لزومها كي يكون التأمين محققاً لأغراضه من ناهيتها ، وهو كفالة سلامة الإجراءات التي تسير بها المناقصة أيفاءً لحسن اختيار الجهة الداعية إلى المناقصة للمورد أو المقاول المنتظر إبرام التعاقد معه ، وصلاحيته للمضى في تنفيذ العقد المحقق لتجهيز المشروع العام المستهدف بالمناقصة (٤) وإذ ينص في وثائق

المناقصة على اشتراطات تأمين العطاء ، فإن مناد ذلك ارتضاء جهة الإدارة للتأمين إذا ما جاء مستوفياً لهذه الشروط من ناحية وحققها في عدم ارتضاءه واستبعاد العطاء المقدم ممن لم يستوف تأمين عطائه هذه الشروط من ناحية أخرى .

وصفوة القول أن شروط التأمين تضعها الجهة الداعية للتأمين عن اقتناع بها ، وتوضحها في أوراق الدعوة للمناقصة ، فإذا تقدم مورد أو مقاول بعطائه ، فيتعين عليه الالتزام بتقديم تأمين عطائه بالشروط والأوضاع التي اعلنتها أوراق الدعوة إلى المناقصة .

رابعاً : شرط المساواة في المعاملة :

وقد أضافت الفقرة (١) من المادة ٣٢ بشأن تأمينات العطاء أنه عندما تشترط الجهة الداعية للمناقصة على الموردين ومقاولي البناء المتقدمين بعطائاتهم أن يتقدموا بتأمين عطاء فإن الاشتراط سيطبق على كافة هؤلاء الموردين والمقاولين .

فشرط المساواة في المعاملة هذا قيد تلتزم به الجهة الداعية إلى المناقصة ، وفي التزامها به مع بقاء إرادتها حرة في وضع الشروط التي تتطلبها في تأمين العطاء ، ما يكفل الثقة فيها وفي سلامة إجراءاتها من قبل المتقدمين بعطاء انهم إلى المناقصة التي تدعو إليها .

وهكذا يضمن القانون النموذجي للمناقصات العامة أن يتحقق التوازن المستهدف بين طرفي العلاقة التي تقوم عليها تلك المناقصات التي عنى قانون اليونسفيرال من خلال أحكام القانون النموذجي بتنظيمها ، بما يفضي إلى الفعالية والجدوى في إجراءات اشتراء السلع والإلتزامات والخدمات ومن ثم تجهيز المشروعات العامة .

خامساً : عدم احتجاز التأمين أو مصادرته دون مقتض :

وقد جاءت الفقرة (٢) من المادة ٣٢ من القانون النموذجي ناصة على أنه عند تقدم المورد أو المقاول بتأمين عطاء للاشتراك في المناقصة ، فإنه يجب على الجهة الداعية للمناقصة عدم الادعاء بأي حق احتجاز على مبلغ التأمين ، وسرعة رد - أو العمل على سرعة رد - وثيقة التأمين فور تحقق أي مما يلي :

أ - انقضاء الأجل الذى حددته وثيقة تأمين العطاء لسريانه .

ب - دخول العقد الذى أجريت المناقصة بشأنه إلى حيز التنفيذ ، وتقديم المتناقص الذى رست عليه المناقصة للتأمين التنفيذى ، متى كان مثل هذا التأمين متطلباً فى أوراق الدعوة إلى المناقصة .

ج - إنتهاء إجراءات المناقصة دون الأقدام على أى أبرام للعقد المتناقص عليه .

د - سحب العطاء قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات ، ما لم يكن مثل هذا السحب غير جائز بحسب نص أوراق الدعوة إلى المناقصة .

وقد أضيفت الفقرة (٢) - بحسب ما أورده « الدليل » بصفحة ٤٣ منه - من أجل توفير الوضوح واليقينية بالنسبة للمدة التى يجوز للجهة الداعية للمناقصة عدم قبول أى طلب من مقدم عطاء بشأن سحب تأمين عطائه . فلمقدم هذا التأمين أن يسترد ما قدمه من تأمين ، دون جواز منازعة الجهة الداعية للمناقصة له فى ذلك ، فى الحالات الأربعة التى عدتها الفقرة (٢) من المادة ٣٢ من القانون النموذجى .

وبالإضافة إلى عدم اعتبار احتجاز المستفيد (الجهة الداعية للمناقصة) سند التأمين بعد فوات تاريخ الضمان تمديداً لفترة صلاحية تأمين العطاء ، فإن مطلب رد التأمين يعتبر ذا أهمية خاصة فى حالة ما أن تكون الضمانة فى شكل مبلغ نقدى أو فى بعض اشكال أخرى مماثلة . ويعتبر الأيضاح فى هذا المقام مفيداً أيضاً ، مادامت قوانين بعض الدول لازالت - على غير ما هو مأمول بصفة عامة - تجيز للمستفيد المطالبة بتسييل قيمة الضمانة حتى بعد فوات ميعاد الصلاحية .

على أنه حتى بمقتضى أحكام القانون النموذجى (المادة ٣١ - ٣) فإنه يجوز للجهة الداعية للمناقصة أن تورد ، بموجب نص صريح فى أوراق الدعوة إلى المناقصة، استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بجواز سحب أو تعديل العطاء قبل آخر ميعاد لتقديم العطاءات دون أن يستوجب ذلك السحب أو التعديل اثاره حق الجهة الداعية للمناقصة فى مصادرة تأمين العطاء .

وقد أورد القانون النموذجى بشأن مدة صلاحية العطاءات ومدى جواز تعديلها وسحبها المادة ٣١ وتخص على ما يلى :

١ - تظل العطاءات سارية طوال الفترة الزمنية المحددة فى أوراق الدعوة إلى المناقصة .

٢ - (أ) قبل انتهاء فترة سريان العطاءات ، يجوز للجهة الداعية إلى المناقصة أن تطلب من الموردين ومقاولى أعمال البناء أن يمدوا فترة سريان عطاءاتهم إلى فترة زمنية إضافية محددة .

ويجوز لأى مورد أو مقاول أن يرفض هذا الطلب ، دون أن يؤدي ذلك إلى مصادرة تأمين عطائه ، وتنتهى صلاحية عطائه بإنتهاء فترة السريان التى لم تمد .

(ب) الموردون أو المقاولون الذين يوافقون على مد فترة سريان عطاءاتهم يمدون فترة صلاحية تأمينات عطاءاتهم أو يسمحون بذلك ، أو يقدمون تأمينات جديدة لتغطية الفترة التى امتد إليها سريان عطاءاتهم . ويعتبر المورد أو المقاول الذى لم تمد فترة سريان تأمينه ، أو لم يقدم تأميناً جديداً لعطائه رافضاً طلب مد فترة صلاحية عطائه .

٣ - ما لم ينص على غير ذلك فى أوراق الدعوة إلى المناقصة يجوز للمورد أو المقاول أن يعدل أو يسحب عطائه قبل حلول نهاية الأجل المحدد لتقديم العطاءات ، دون أن يؤدي ذلك إلى مصادرة تأمين عطائه . ويكون التعديل أو الأخطار بالسحب منتجاً لاثارة متى تلقته الجهة الداعية للمناقصة قبل تاريخ نهاية الأجل المحدد لتقديم العطاءات .

وبالرجوع إلى ما أورده « الدليل » على ما جاء بالمادة ٣١ من القانون النموذجي الذى وضعت اليونسيترال بشأن تجهيز المشروعات نجد أن الدليل يفيد بأن هذه المادة قد جاءت بصدد « مدة سريان العطاءات ، ومدى جواز تعديل العطاءات أو سحبها بعد تقديمها وأثناء مدة سريانها » وقد أورد « الدليل » المذكور أن الفقرة (ب) من المادة ٣١ المذكورة قد وضعت لتمكين الجهة الداعية للمناقصة من معالجة الحالات التى يتأخر فيها البت فى العطاءات من ناحيتها . وذلك بأن يكون لتلك الجهة أن تطلب مد فترة صلاحية العطاءات . وليس لهذا الطلب أية صفة إجبارية على الموردين والمقاولين ، وذلك لتفادى إرغامهم على البقاء ملتزمين بعطاءاتهم لمدة طويلة لم تكن فى الحسبان ، وهى مخاطرة قد تجعل الموردين يحجمون أصلاً عن التقدم بعطاءاتهم ، وكذلك فإنه من أجل

عدم إطالة الحماية المكفولة بتأمين العطاء ، فإن المورد أو المقاول الذى ينكص عن مد الضمانة أو تقديم ضمانه تغطى المدة التى يمد لها سريان العطاء ، يعتبر بمقتضى أحكام المادة ٢١ فقرة (٣) وكأنه قد رفض مد سريان عطائه . أى أن امتناع استمرار التزام مقدم العطاء بعطائه المدة التى طلبت الجهة الداعية للمناقصة مدعا إليها ، إما أن يكون برفضه طلب تلك الجهة بمد سريان مدة العطاء ، أو برفضه تمديد مدة سريان تأمين عطائه .

٤ - وإن يكون للجهة طالبة المناقصة ، طبقاً لأحكام الفقرة (و) من المادة ٢٢ من القانون النموذجى أى حقوق مباشرة أو غير مباشرة بمصاهرة ما قدمه المورد المقاول من تأمين عطاء ألا فى الأحوال الآتية :

(١) سحب أو تعديل العطاء بعد الميعاد النهائى لتقديم العطاءات أو قبل الميعاد النهائى لوص فى أوراق الدعوة إلى المناقصة على ذلك .

(ب) عدم توقيع المتناقص العقد الذى رست مناقسته عليه ، لو كان هذا التوقيع متطلباً من الجهة الداعية للمناقصة .

(ج) عدم تقديم المتناقص التأمين المتطلب لتنفيذ العقد ، بعد قبول عطائه ، أو عدم التزامه بئى من الشروط الأخرى المتطلبة لإبرام العقد المتناقص عليه ، على ما هو مبين فى أوراق الدعوة إلى المناقصة .

ساساً : تعريفات :

(تأمين العطاء - الاشتراء - السلع - الإنشاءات - الخدمات - الهيئة الداعية للمناقصة) .

- وقد عرفت الفقرة (و) من المادة ٢ من القانون النموذجى لاشتراء السلع والأنشاءات والخدمات « تأمين العطاء » بأنه تأمين مقدم إلى الجهة الداعية للمناقصة ، لضمان الوفاء بئى التزام مشار إليه فى المادة ٢٢ (١ - و) ويشمل ذلك ترتيبات مختلفة من بينها الكفالات المصرفية وسندات الضمان وخطابات الاعتماد الضامنة

والشيكات التى يتحمل أحد المصارف المسئولية الأولى عن صرفها والودائع النقدية والسندات الآتنية والسفاتج (الكمبيالات) .

- ومن المصطلحات التى عنت المادة ٢ (فقرة ١ - ب) من القانون النموذجى بالنص عليها « الاشتراء » procurement وتعرفه بأنه « احتياز السلع والإنشاءات أو الخدمات بأى وسيلة » (٥) .

- كما أوضحت الفقرة (ج) من المادة ٢ « السلع » المتناقص عليها مبينة أن هذه السلع تتضمن « الأشياء من كل صنف ووصف ، بما فى ذلك المواد الخام والمنتجات والمعدات والأشياء التى تكون على هيئة جامدة أو سائلة أو غازية ، والكهرباء . وكذلك الخدمات التبعية التى تصعب توريد السلع إذا كانت قيمة هذه الخدمات التبعية لا تتجاوز قيمة السلع نفسها » (٥٥)

- أما الإنشاءات « فيقصد بها » جميع الأعمال المرتبطة بتشييد المبانى أو الهياكل أو المنشآت أو بإعادة إنشائها أو بهدمها أو ترميمها أو تجديد كتهيئة الموقع ، والحفر ، والتشييد ، والبناء ، وتركيب المعدات أو المواد ، والزخرفة ، والتشطيب ، وكذلك الخدمات التبعية التى تصحب التشييد مثل الثقب ورسم الخرائط والتصوير بالوسائل والاستقصاءات السيزمية ، وما إلى ذلك من الخدمات التى تقدم بناءً على عقد الاشتراء . إذا كانت قيمة هذه الخدمات لا تتجاوز قيمة الإنشاءات نفسها .

- وعرفت الفقرة (هـ) من المادة (٢) من القانون النموذجى « الخدمات » بأنها « أى شئ للاشتراء غير السلع أو الإنشاءات » (٥٥٥) .

(٥) كما نصت الفقرة (ز) من المادة ٢ المذكورة على أنه يقصد بمصطلح « عقد الاشتراء » procurement contract « عقد بين الجهة المشترية ومورد أو متعاقد نتيجة لإجراءات الاشتراء » .

(٥٥) ويجوز للدولة (المشرعة) أن تدرج فئات أخرى من السلع (فقرة ج من المادة ٢ من القانون النموذجى) .

(٥٥٥) وإضافت الفقرة (هـ) المذكورة فى تعريفها « للخدمات » - كما سبق أن فعلت الفقرة (ج) بشأن « السلع » - أنه « يجوز للدولة (المشرعة) أن تعدد أشياء معينة تقرّر معاملتها كخدمات » .

- وقد عنى القانون النموذجى فضلاً عن ذلك فى المادة ، ٢ (ب) بتعريف « الهيئة الداعية إلى المناقصة » ملقياً بذلك مزيداً من الإيضاح على نطاق تطبيق أحكام ذلك القانون ، وذلك بأن عرف تلك الهيئة أو الجهة بأنها أى إدارة أو جهاز أو هيئة حكومية ، أو أى وحدة أخرى من وحدات الحكومة ، أو أى فرع أو شعبة لما تقدم ، وذلك أيضاً بمراعاة ما استثنى من اعتباره كذلك . وقد أجاز النص المذكور للدولة القائمة بالاشتراء أو التجهيز أن تدرج فى تعريف الهيئة القائمة بالتجهيز أى جهات أو مؤسسات أخرى أوفئات منها .

وهكذا أرشدنا هذا التعريف للهيئة القائمة بالتجهيز أو الداعية إلى المناقصة إلى أن الأحكام التى يعينها القانون النموذجى بالنظر إلى النظام القانونى المصرى هى أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات ، وهو القانون الذى يحكم المناقصات والمزايدات التى تتولاها مختلف إدارات الحكومة المركزية والمحلية ومصالحها وأجهزتها وهيئاتها للحصول على مستلزمات المشروعات العامة القائمة عليها من سلع وإنشاءات وخدمات .

المبحث الثانى : جوانب التنظيم القانونى المصرى لتأمين العقد الإدارى :

المهيد :

أوضحنا فيما تقدم الأحكام الخاصة بتأمينات العطاء التى أوردها القانون النموذجى للمناقصات . وتعتبر هذه الأحكام بذلك أحدث الأحكام التى وضعتها وثيقة دولية بشأن تجهيز المشروعات العامة .

وقد أوضحنا فيما تقدم أيضاً ما الذى استهدفته لجنة قانون التجارة الدولية (اليونسيترال) بالقانون النموذجى الذى أقرته مؤخراً فى دورتها السابعة والعشرين (نيويورك ، ٣١ مايو - ١٧ يونية ١٩٩٤) وما الذى جعلها أيضاً تعنى بإقرار دليل لهذا القانون النموذجى فى ذات النورة .

وقد توضح أن القانون النموذجى إنما استهدف مراجعة الدول لقوانينها ولوائحها بشأن المناقصات والمزايدات ، كلما كان لتلك الدول مثل هذه القوانين واللوائح .

وعلى ضوء التعريف الذى أوردته القانون النموذجى فى الفقرة ب من المادة ٢ منه للجهة الداعية إلى المناقصة ، فقد بأن أن القانون النموذجى المذكور إنما يدعونا إلى مراجعة أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار من وزير المالية برقم ٥٧ لسنة ١٩٨٣ .

ونمضى فى هذا المبحث إلى استجلاء سريع لأحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية بصدد الموضوع الذى ألينا أن ندرسه وهو موضوع « تأمينات العطاء » . وذلك قبل أن نتصدى فى المبحث الثالث لإجراء المقارنة بين أحكام قانوننا المحلى ، والقانون النموذجى لنستخلص ما يستدعى من هذه الأحكام إلى تعديل فى ضوء القانون النموذجى .

ويمكن التأمل فى أحكام تأمين العقد الإدارى التى وردت فى مواد قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ، وإيجاز عرضها فى الآتى:

أولاً : التأمين المؤقت أو الإلبدائى :

- مبلغ التأمين المؤقت :

يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت . وهذا التأمين لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك (٥) .

- الحكمة من التأمين المؤقت :

وقد اشترط هذا التأمين « ضماناً لجدية مساهمة مقدم العطاء فى المناقصة ، ولسلامة قصده فى تنفيذ العقد حال رسو العطاء عليه ، وإتفادى مساهمة كل من تحدث نفسه بالانصراف عن العملية إذا مارس عطاؤها عليه » (٥٥) .

- مصير التأمين المؤقت :

- أ - إذا قبل العطاء ، فعلى مقدمه أن يكمله ليساوى قيمة التأمين النهائى .
- ب - إذا تمت المناقصة ولم يقبل العطاء كان لمقدم العطاء الذى لم يقبل عطاؤه استرداد التأمين الذى تقدم به لعطائه . وكذلك إذا انقضت المدة المحددة لسريان

(٥) المادة ١٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(٥٥) حكم محكمة القضاء الإدارى - ق ١٤٠٨ لسنة ١٠ ق - جلسة ١٩٥٧/٢/٢٤ .

العطاءات دون أن تثبت فيها جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة جاز استرداد التأمين الإبتدائي المقدم (٥) .

ويرد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواءً كان هذا التأمين نقداً أو بشيك أو بخطاب ضمان وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك إذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب العطاء المقبول (٥٥) .

هـ - إذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المحدد لفتح المظاريف ، وكذلك إذا رست عليه المناقصة ورفض دفع التأمين النهائي ، أصبح التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية ، وهى فى هذا المقام تصادره دون حاجة إلى إنذار أو التجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أخرى ، ويدون حاجة لإثبات حدوث ضرر (٥٥٥) ، إذ أن التأمين المؤقت يعتبر ضرباً من التعويض قد عجل مقداره ، وينطوى على تحديد جزافى لما يستحق عند التخلف عن ابقاء العطاء قائماً من غير سحب طوال المدة المتفق عليها (٥٥٥٥) .

وعلى ذلك : أ - يلتزم مقدم العطاء بمجرد تقديم عطاءه .

ب - وبمقتضى أحكام المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت إصداره بمعرفة مقدم العطاء بفض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الإدارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط .

ج - وإذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف ، يصبح التأمين المؤقت المودع بمقتضى أحكام المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩

(٥) المادة ٥٨ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(٥٥) المادة ٧١ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٢ .

(٥٥٥) المادة ٥٨ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(٥٥٥٥) حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم ١٤٠٨ لسنة ١٠ ق بجلسته

١٩٥٧/٢/٢٤ وفى الدعوى رقم ٦٦٢ لسنة ١٠ ق بجلسته ١٩٥٧/٤/٧

لسنة ١٩٨٣ حقاً لجهة الإدارة دون حاجة إلى انذار أو التجاء إلى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر .

وعلى ذلك فإن مقدم العطاء يلتزم بعطائه ، ومن ثم يلتزم بتأمين عطائه ، منذ تقديمه إلى جهة الإدارة الداعية للمناقصة إلى حين البت فيه من جانبها . فإذا عدل عن عطائه قبل التاريخ المحدد لفتح المظاريف فقد التأمين المؤقت الذي أودعه . ولكن التزام المتناقص بعطائه يعنى أنه لا يملك أن يعدل أسعاره بالزيادة ، ولكنه يملك أن يعدل أسعاره بالتخفيض دون أن يكون ثمة نص يجيز له ذلك . وفي حالة التعديل بالتخفيض لا يفقد المتناقص التأمين المؤقت (٥) .

ومن ناحية أخرى ، فإن على جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة أن تبادر إلى البت فى العطاءات خلال الفترة المحددة لسريانها . فإذا انقضت هذه الفترة يجوز لمقدم العطاء استرداد التأمين المؤقت الذى أودعه وبذلك يزول عطاؤه ، ويضحي غير ملزم له .

فإذا طلبت جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة مهلة جديدة تبقى فيها العطاءات سارية المفعول حتى تجرى البت فى المناقصة ، فعندئذ من قبل من المتقدمين بعطاءاتهم هذا المد ظل ملتزماً بعطائه وتأمينه طول هذه المدة الجديدة . ومن رفض منهم استمرار سريان عطائه لمدة إضافية زال التزامه بالتأمين المؤقت وحق له استرداده .

أما من لم يطلب الغاء تأمينه ، فقد نصت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على التزام مقدم العطاء الذى لم يتقدم لسحب التأمين المؤقت بعطائه .

ثانياً : التأمين النهائي :

إداء التأمين النهائي :

- على صاحب العطاء المقبول أن يودع - فى فترة لا تتجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالى لإخطاره بكتاب موسى عليه يعلم الوصول بقبول عطائه - ما يكمل التأمين المؤقت إلى ما يساوى ٥% من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليه و ١٠% من قيمة العقود الأخرى .

(٥) د . سليمان الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - الطبعة الرابعة ١٩٨٤ ص ٢٥١ .

- وبالنسبة للعقود التي تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تتجاوز عشرين يوماً .

- ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لإيداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام .

- ويكون التأمين النهائى ضامناً لتنفيذ العقد (٥) .

خفض التأمين النهائى :

فيما عدا مقاولات الأعمال ، يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة ، خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين ، على أن يتضمن الإعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة (٥٥) .

الإعفاء من التأمين النهائى :

ولا يحصل التأمين النهائى إذا قام صاحب العطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الإدارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة للإيداع التأمين النهائى (٥٥٥) .

أما إذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف التى رسا على صاحب العطاء المقبول توريدها ، وكان ثمن هذا الجزء يكفى لتغطية قيمة التأمين النهائى فيخضم من ثمن الجزء المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ، ويحتفظ به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام تنفيذ العقد (٥٥٥٥) .

- جزاء عدم أداء التأمين النهائى :

إذا لم يقم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب إيداعه فى المدة المحددة له فيجوز للجهة المتعاقدة بموجب أخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ،

(٥) المادة ٢٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ .

(٥٥) المادة ٢٢ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٢ .

(٥٥٥) المادة ٢٢ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٢ والفقرة (١) من المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

(٥٥٥٥) فقرة (٢) من المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ١٩٨٢ .

وبدون حاجة لاتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء :

١ - أن تلقى العقد وتصادر التأمين المؤقت .

ب - أو أن تنفذ العقد كله أو يعرضه على حساب صاحب العطاء المقبول الذي نكس عن أداء التأمين النهائي وذلك إما بمعرفة الجهة المتعاقدة ، أو بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه ، أو بالمناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر .

٢ - ويكون للجهة المتعاقدة أيضاً الحق في أن تخصم من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لصاحب العطاء المقبول الذي ينكس عن أداء التأمين النهائي ، أيما كان سبب الاستحقاق ، لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة إدارية أخرى - أن تخصم كل خسارة تلحقها .

٣ - وذلك كله مع عدم الأخلال بحقها في الرجوع على المتعاقد المذكور قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري^(٩) .

والتأمين النهائي :

١ - يجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط .

ب - بعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول ، إذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية جهة حكومية أخرى ، ما زاد من قيمة التأمين النهائي على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التي تمت فعلاً ، وتحتفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان وتمام التسليم النهائي^(١٠) .

ويضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت . (وذلك بون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني) فإذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته . وإذا قصر في إجراء ذلك ، فلجهة الإدارة أن تجريه على نفقته وتحت مسؤوليته^(١١) .

(٩) المادة ٢٤ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(١٠) المادة ٨٥ من اللائحة التنفيذية القانون ٩ لسنة ١٩٨٣ .

(١١) المادة ٨٦ من اللائحة المذكورة .

ح - وقبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المفاوض جهة الإدارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة . ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائياً بموجب محضر . وإذا ظهر من المعاينة أن المفاوض لم يتم ببعض الالتزامات ، فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما يطلب إليه من أعمال .

د - فإذا تم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط ، يرد التأمين ، أو ما بقي منه ، لصاحبه .

هـ - ويكون الرد بغير توقف على طلب من صاحب التأمين .

و - يكون الرد خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط (٥) .

مصادرة التأمين النهائي :

- ١ - يصادر التأمين النهائي عند فسخ العقد في الحالات الآتية :
- أ - إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب في معاملته مع الجهة المتعاقدة .
- ب - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره ، بطريق مباشر أو غير مباشر ، في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات (ق ٩ لسنة ١٩٨٢) .
- ج - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر (٥٥) .
- ٢ - إذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد ، كان للجهة المتعاقدة الحق في فسخ العقد أو تنفيذه على حسابها (٥٥) .

(٥) م ٨٧ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٩٨٢/٩ وذات الحكم بالنسبة لرد التأمين الابتدائي في المادة ٧١ من اللائحة المذكورة .

(٥٥) م ٢٧ ق ٩ / ١٩٨٢ - كما لا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين بحق جهة الإدارة في الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة .

(٥٥٥) م ٢٨ ق ٩ / ٨٢ - ويقرر الفسخ ، وكذلك تنفيذ العقد على حساب المتعاقد ، بقرار من السلطة المختصة ، يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين بالعقد .

ويكون للجهة المتعاقدة في حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق في مصادرة التأمين النهائي ، وذلك دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراءات قضائية (٥) .

فى تنفيذ عقود مقاولات الأعمال :

إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراء هذا الإصلاح كان لرئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص وعلى مسؤوليته الحق فى إتخاذ أحد الأجراءين التاليين وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة :

أ - فسخ العقد .

ب - سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه .

وفى كلتى الحالتين يحق للجهة الإدارية المختصة (رئيس الإدارة المركزية أو رئيس المصلحة) مصادرة التأمين النهائي المستحق للمقاول وقت الفسخ أو وقت سحب العمل (٥٥) .

- السمات المميزة لجزاء مصادرة التأمين :

١ - أن حق الإدارة فى مصادرة التأمين عند التقصير فى التنفيذ يقوم حتى ولو لم ينص عليه فى شروط المزايدة . ذلك إنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ، فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن الجهة الإدارية حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ ، سواء نص على هذا الحق فى الشروط أو لم ينص عليه وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين .

٢ - للإدارة الحق فى توقيع جزاء المصادرة بنفسها دون انتظار لحكم من القضاء بذلك . ويمكن لها أن تقوم بخصمه مباشرة مما يكون مستحقاً للمتعاقد لديها أو لدى أى جهة إدارية من مبالغ .

(٥) م ٢٩ ق ٩ / ٨٢

(٥٥) م ٢٨ من اللائحة التنفيذية ق ٩ / ٨٢

٣ - للإدارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضرراً ما قد لحقها من جراء اخلال المتعاقد معها . فالضرر هنا مفترض ^(٥) .

٤ - التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحق الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه ، ولا يمثل الحد الأقصى . وعلى ذلك :

أ - لا يقبل من المتعاقد المقصر إثبات أن الضرر يقل عن مبلغ التعويض ، ولكن يجوز أن ينص في العقد على نسبة معينة للتأمين المصادر ويتعين على جهة الإدارة حينئذ احترام هذه النسبة وعدم تجاوزها ، وإلا تكون قد خالفت بذلك شروط العقد . ويجدر أن نرصد في هذا المقام نقطتين : **الأولى** : أن كون التأمين يمثل الحق الأدنى للتعويض الذي يجبر الضرر أمر مفترض ، تماماً مثل أن الضرر في حد ذاته مفترض . **الثانية** : حق جهة الإدارة في مصادرة التأمين ليس مطلقاً ، ويمكن تحديده في بنود العقد ووثائق المناقصة .

ب - إذا كانت قيمة التأمين المصادر لا تفي وحدها بجبر الضرر ، فيمكن اللجوء إلى القضاء للحكم بالتعويض الكافي لجبره . وعندئذ يخصم مبلغ التأمين من التعويض المحكوم به ، ويلزم المتعاقد المقصر بأن يؤدي لجهة الإدارة ما زاد عن قيمة التأمين المصادر . ويجدر أن نلاحظ هنا نقطتين : **الأولى** : أن هذا الجمع بين التأمين والتعويض ليس من قبيل الجمع المحظور بين تعويضين عن ذات الضرر ، وذلك لاختلاف كل من التعويض والمصادرة في طبيعته وغايته . وإن كان يلزم لذلك أن يظل للضرر وجود بعد مصادرة التأمين دالاً بذلك على تجاوز الضرر لقيمة التأمين **والثانية** : لا يشترط لجواز هذا الجمع أن ينص على ذلك في العقد . على أنه من ناحية أخرى إذا نص في العقد صراحة على حظر مثل هذا الجمع أصبح غير جائز ^(٥٥) .

(٥) المحكمة الإدارية العليا - طعن ٢٧ ١٠ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٨/١/٢٨

(٥٥) راجع فيما تقدم أحكام المحكمة الإدارية العليا في الطعن ٥٠٨ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٧/١/١٨ والطعن ١١٣٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢ والطعن ٥٨٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٣ والطعن ١٣١٦ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٤/٢/٢٢ والطعن ٧٨٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨

٥ - التكييف القانوني للتأمين النهائي أنه « شرط جزائي يحدد مقدماً باتفاق الطرفين قيمة التعويض عن الأخلال بشروط التعاقد » . وعلى ذلك فعند إلغاء العقد لتقصير المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته ، وكان التأمين النهائي غير مدفوع بالكامل ، جاز للإدارة مطالبتة بما لم يدفع من مبلغ التأمين بعد ^(٥) .

٦ - مصادرة التأمين عند التقصير في تنفيذ التزام من التزامات العقد لارتباط بالضرورة بفسخ العقد . فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد اتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعاقد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد لذلك . ومفاد ذلك أن جزاء المصادرة جائز توقيعة . (أ) إذا اضطرت جهة الإدارة إلى فسخ العقد نتيجة لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته (ب) وايضاً دون فسخ العقد إذا لم يكن التنفيذ موافقاً لما تم الاتفاق عليه (ج) كما يمكن من ناحية أخرى الجمع بين مصادرة التأمين وبين التنفيذ على الحساب ^(٥٥) .

وأما ما كان الوضع القانوني لجزاء مصادرة الإدارة للتأمين إلا أن ممارسة هذا الجزاء محاط بضمانات تكفل حسن استخدامه من قبل الإدارة على النحو الآتي :

١ - إذا نص في القانون أو في بنود العقد على ارتباط مصادرة التأمين بسبب معين فلا يجوز لجهة الإدارة توقيع مصادرة التأمين لغير ذلك السبب . ومن ثم إذا نص العقد على أن يكون جزاء « التأخير في اتمام العمل وتسليمه كاملاً في الميعاد المحدد » هو إما « توقيع غرامات تأخيرية جزاء تخلفه عن إتمام العمل في الميعاد المحدد ، مع السماح له بالمضي في العمل لاتمامه » وإما « سحب العمل مع مصادرة التأمين والمطالبة بالتعويضات » فإنه إذا سمحت جهة الإدارة للمتعاقد الاستمرار في العمل حتى يسلمه إليها كاملاً ولو بعد الميعاد المتفق عليه ، مع استعمال حقها في

(٥) المحكمة الإدارية العليا - طعن ٨٢٤ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٢٧

(٥٥) المحكمة الإدارية العليا - طعن ١١٢٧ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٦١/٤/٢٢ وطعن ٥٩٨

لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٩/٥/٣

توقيع الغرامات التأخيرية جزاء التأخير في إنجاز العمل المتفق عليه ، فإنه لا يجوز لجهة الإدارة بعد ذلك « أن تنزل بالمتعاقد بعض الآثار المترتبة على سحب العمل على ما تنطوي عليه العقود من مصادرة التأمين أو المطالبة بالتعويض ، لأن هذه نتائج لا تقوم إلا على سببها ، وهو سحب العمل الذي لم تنشط الإدارة إلى اتخاذها ضد المتعاقد معها مورداً كان أو موقوفاً . وما دام لم يتحقق سحب العمل فقد تخلف السبب الذي يمكن أن يقوم عليه مصادرة التأمين ^(هـ) .

٢ - قضت المحكمة الإدارية العليا (طعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥ ق بجلسته ١٩٦١/٤/٢٢) بأنه إذا كان الثابت أن للملتزم بالتوريد في ذمة جهة الإدارة مبلغ التأمين الذي لم يتم بمصادرته كما لم تذكر أن ثمة ضرراً قد أصابها من جراء عدم تنفيذ المتعاقد المذكور لالتزاماته التعاقدية ، فإنه يتعين القضاء له باسترداد هذا المبلغ .

ومفاد ذلك أن توقيع جزاء مصادرة التأمين يرتبط فعلاً بالسلطة التقديرية التي لجهة الإدارة في توقيع الجزاءات التعاقدية . ولئن كان مصادرة التأمين حق مقرر لجهة الإدارة ، ولا يجوز لها التنازل عنه ابتداءً ، إلا أن لها أن تعفي المتعاقد منه إذا قدرت أن تخلفه عن أداء التزامه لم يلحق بها ضرر . وكما يكون هذا الإعفاء صراحة يمكن أيضاً أن يكون ضمناً . والقضاء أن يقضى به متى تلكد من ذلك .

٣ - يجب أن يكون استعمال الإدارة لحقها في مصادرة التأمين خالياً من التعسف ، أخذاً بمبدأ توافر حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية . وعلى سبيل المثال ، إذا كان التأمين الذي دفع لضمان تنفيذ التعاقد بنسبة ١٠٪ من قيمة الأصناف المتعاقد على توريدها ، بحيث لو أخل المتعاقد بالتزامه كله ولم ينفذ منه شيئاً فإن التأمين المدفوع منه سيصاير فاته إذا كان الجزء الذي لم ينفذ من العقد تافها بالنسبة لقيمة العقد بأكمله ، فإن مصادرة الإدارة للتأمين كله تكون مشروبة بالتعسف ، وعلى

(هـ) المحكمة الإدارية العليا - طعن ٢٢٢ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٧٠/١/٣

المحكمة أن تراعى نسبة ما لم ينفذ من العقد ، ويكون مصادرة التأمين فى حدود هذه النسبة إلى العقد كله . ويعتبر ذلك تطبيقاً لمبادئ العدالة فى إقامة التوازن بين الالتزام الذى لم ينفذ والجزاء المشترط لضمان التنفيذ^(٥) .

ثالثاً : أحكام مشتركة بين التأمين المؤقت والتأمين النهائى :

١ - الإعفاء من التأمين المؤقت والنهائى :

١ - تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها .

٢ - يجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت اعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائى إذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم . ويجب أن يكون قرار الإعفاء مسبباً .

٣ - يصدر بالإعفاء من التأمين المؤقت والنهائى ، ومد المهلة المحددة لإيداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشر أيام ، أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته^(٥٥) .

ب - كيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى :

نصت المادة ٢٣ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أن تبين اللائحة التنفيذية للقانون كيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى ، والأجراءات الواجب اتباعها فى هذا الشأن ، وذلك على التفصيل الآتى :

(٥) محكمة القضاء الإدارى ق ٤٠١ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٥٧/١٢/٢٣

(٥٥) المادة ٢١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٧٢ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور .

التأمين النقدي :

مع عدم الأخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات تؤدي التأمينات نقداً . ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الإدارة ، بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية ^(*) .

صور أداء التأمين النقدي :

- الإيداع في خزانة حكومية :

إذا كان التأمين نقداً ، فيؤدى بإيداعه إحدى الخزائن الحكومية ، بموجب إيصال رسمي يثبت في العطاء رقمه وتاريخه ^(**)

- حوالة بريدية :

كما يجوز سحب حوالة بريدية بقيمة التأمين ترفق بالعطاء ولا تحسب فائدة على مبلغ التأمين النقدي ^(***) .

- الشيكات :

كما يجوز أداء التأمين بشيكات على مصارف محلية ، إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه.

وتقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة .

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية ^(****) .

(*) المادة ٦٨ من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ / ٨٣

(**) م ٦٩ فقرة (١) من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ لسنة ٨٣

(***) م ٦٩ فقرة (١) المشار إليها .

(****) المادة ٦٩ فقرة (٢ و ٣) من اللائحة التنفيذية للقانون ٩ / ٨٣

خطاب الضمان :

١ - إذا كان التأمين كتاب ضمان وجب : (أ) أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة (ب) ولا يقترن بأى قيد أو شرط (ح) وأن يقر فيه المصرف بأنه يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازى التأمين المؤقت ، وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصانر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التقات إلى أية معارضة من مقدم العطاء ^(٥) .

٢ - وعندما ترد لحدى الجهات الإدارية كتاب كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص لها فى إصدار كتب كفالة أو أحد فروعها ، عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقراراً على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى إصدارها . فإذا تبين عند مراجعة الأخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدي إليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً ^(٥٥) .

٣ - وإذا كانت الكفالة (أى خطاب الضمان) محددة المدة فيجب . ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات . وبالنسبة للتأمين النهائى فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت اصداره إلى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، إلا إذا اتفق على غير ذلك ^(٥٥٥) .

(٥) م ٦٩ فقرة (٤) من اللائحة التنفيذية القانون ٨٢ / ٩

(٥٥) فقرة (٥ و ٦) من م ٦٩ من اللائحة التنفيذية ق ٨٢ / ٩

(٥٥٥) الفقرة ٧ من المادة ٦٩ المشار إليها .

المبحث الثالث

**مقارنة أحكام القانون المصري وقانون «اليونسيترال النموذجي»
في شأن «تأمينات العطاء»**

**أولاً - المناقصات الداخلة في إطار القانون المصري رقم ٩ لسنة
١٩٨٣ ولائحته التنفيذية :**

عنى القانون النموذجي في المادة الخاصة بالتعاريف (المادة ٢ منه) وتحت
الفقرة (ب) من هذه المادة بالإبانة عن ماهية المناقصات أو العطاءات التي أورد إطارا
لها يجب أن يكون عليه التنظيم المحلي لها . وتعريف « الهيئة الداعية للمناقصات »
يوصل الى تقارب مع الجهات الخاضعة في مصر للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار
قانون تنظيم المناقصات والمزيادات . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن
تسرى أحكامه على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلي والهيئات العامة
وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين أو القرارات الخاصة بإنشائها .

وقد قدر القانون النموذجي ، كما قدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، أن ثمة جهات
حكومية تكون المناقصات والمزيادات التي تجريها قد إختصت بتنظيمات محلية معينة
فأعترف في المادة ٢ فقرة (ب) بجواز الإستثناء لها .

ولكن ليس ثمة ما يمنع وفقا لإملامات القانون النموذجي ، بل هو أيضا أمر
مرغوب فيه ، أن تجري المناقصات والمزيادات التي تلجأ اليها الجهات الإدارية المتولية
بعض المشروعات العامة ذات الطبيعة الخاصة مثل تجهيزات مرفقى الأمن والدفاع ،
وفقا للنظام القانوني العام ، ومن ثم القانون النموذجي ، كلما لم يرد نص صريح في
قوانين ولوائح تلك الجهات بغير ذلك .

ثانياً - تأمين العطاء من مصرف غير مقيم في مصر :

حثت الفقرة ١ - جـ من المادة ٣٢ من القانون النموذجي ^(٥) الدول الداعية الى
المعطآت الى عدم رفض تأمين عطاء صادر من مصرف ليس مقيما بها متى كان

(٥) كانت هذه المادة برقم ٣٠ بصياغة القانون النموذجي التي وافقت عليها الدورة السادسة
والعشرين لليونسيترال .

التأمين المذكور قد إستوفى سائر أوضاعه القانونية الأخرى ، أو على الأقل ألا يكون هذا الرفض إلا تطبيقاً لحكم وارد فى قانون وليس فى مجرد لائحة . وأضاف «الدليل» المرافق للقانون النموذجى أنه ولئن كانت بعض النول تكتفى بالنسبة لتأمين العطاء الصادر عن مؤسسة ائتمانية غير محلية بأن يكون معززا من مصرف محلى ، إلا ان هذه الممارسة على أى حال ليست هى الممارسة المرغوب فيها على مستوى التجارة الدولية . وأوضح « الدليل » السبب فى عدم تشجيع هذه الممارسة بأن استلزام « تعزيز محلى » قد يضع عبء أمام تقدم الموردين والمقاولين الأجانب بعطاءاتهم لما يقتضيه ذلك من تكاليف إضافية على عاتقهم يفرض بهم مضطرين الى رفع الأسعار التى يتقدمون بها لتغطية تلك التكلفة التى يجدر الاستغناء عنها لصالح النول الداعية للمناقصات ذاتها ، فضلا عن أن صعوبات الحصول على تعزيز محلى فى الوقت المناسب قد يعوقهم عن اللحاق بالآجل المضروب للتقدم الى المناقصة .

وبالرجوع إلى النظام المصرى ممثلا فى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزيادات ولائحته التنفيذية يبين أن المشرع راعى أن المتقدمين بعطاءاتهم من الخارج قد يحتاجون الى وقت أطول من الوقت الذى يحتاجه المتقدمون من الداخل لتدبير أمر التأمينات المطلوب منهم التقدم بها ، فنص بصدد التأمين النهائى الضامن لتنفيذ العقد فى المادة ٢٠ من القانون المذكور على أنه « بالنسبة للعقود التى تبرم مع متعاقد فى الخارج يكون إيداع هذا التأمين فى فترة لا تتجاوز عشرين يوما . ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يتجاوز عشرة أيام » .

على أن المشرع أحال الى اللائحة التنفيذية للقانون المذكور (المادة ٢٣ منه) كافة ما يتعلق بكيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى ، والإجراءات الواجب إتباعها فى هذا الشأن .

وبالرجوع الى أحكام اللائحة التنفيذية للقانون المذكور نجد أن المادة ٦٨ منها قد أوضحت فى شأن أداء التأمين سواء المؤقت أو النهائى أن « تقبل الشيكات على المصارف المحلية ، اذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوية عليه ، كما تقبل الشيكات المسحوية على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد

المصارف المعتمدة « أى أن اللائحة التنفيذية قد أقرت اجراء « التعزيز المحلى » بالنسبة للشيكات المسجوبة على مصارف الخارج . كما إنه ليس فى لفة هذه المادة ما يحول دون أن يكون « التعزيز » من مصرف معتمد بالخارج ، والإعتماد فى هذه الحالة يكون بقرار من وزير المالية ، على ما سيتوضح حالا .

كما نصت الفقرة (٤) من المادة ٦٨ من اللائحة المذكورة على أنه « اذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة »

وبين من هذا النص إن الجهات المتعاقدة تستلزم لقبول التأمين المقدم من أحد المشاركين فى المناقصة ، ولو كان مشاركا مقيما بالخارج ، اذا كان التأمين المقدم منه « خطاب ضمان » أن يكون صادرا من مصرف محلى معتمد . فاذا كان صادرا من مصرف بالخارج ، فيجوز لقبوله أن يكون معززا من مصرف محلى معتمد . فهذا التعزيز يجعل خطاب الضمان وكثته صادر من هذا المصرف المحلى ما دام أن مفاد التعزيز تهدد المصرف المعزز للجهة الداعية الى المناقصة بأن يدفع لها قيمة خطاب الضمان إذا استدعت ذلك منه .

ولكن هل يجوز أن تكتفى جهة الإدارة الداعية الى المناقصة بقبول خطاب الضمان الصادر من مصرف غير محلى ، سواء كان معززا من مصرف آخر غير محلى أو غير معزز ؟

إن المرجع فى ذلك سوف يكون لوزير المالية الذى له أن يصدر أمره بقبول هذا الضمان ، وذلك تطبيقا لقواعد تقابل الأشكال ، فهو السلطة التى تملك الإستثناء من أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ وذلك باعتباره السلطة التى أصدرت اللائحة ، وبالتالي هو السلطة التى تملك تعديل الأحكام التى تضمنتها تلك اللائحة ، سواء تعديلا عاما أو تعديلا يسرى فى حالة خاصة ، على شريطة ألا يخل تعديله فى هذه الحالة الأخيرة بمصالح الخزانة العامة التى هو أمين عليها بصفتة ، ولا بمبدأ المساواة بين المتنافسين الذى يجب أن يسود المناقصة . ويجدر فى النهاية أن ينص فى أوراق الدعوة الى المناقصة على ما سيتقرر بهذا الشأن حتى يكون المتنافسون على بينة من الأمر منذ البداية .

وفى هذا كله ما يلائم تطبيق أحكام المادة ٣٢ (١ - ج) من القانون النموذجى . على أن هذا القانون النموذجى على أى حال يستدعى أن ينص صراحة فى القانون

المحلى المنظم للمناقصات والمزايدات ، ولا يترك ذلك للائحة ، على جواز أن يكون التأمين مقدما أو معززا من مصرف معترف به ، ولو كان مصرفا غير محلى . وسوف تكون النتيجة المترتبة على ذلك الإستغناء عن استصدار موافقة وزير المالية فى هذه الحالات .

ثالثا - عدم تنكر جهة الإدارة الداعية الى المناقصة لما إشتراطته فى وثائق المناقصة بشأن التأمين :

وفى هذا الإتجاه أيضا أجازت الفقرة ١ - د من المادة ٣٢ من القانون النموذجى لمن ينوى التقدم الى مناقصة أن يستوضح من جهة الإدارة الداعية الى المناقصة عما اذا كان الشكل الذى سيقدم عطاءه عليه سوف يكون مقبولا . وحثت الفقرة المذكورة من القانون النموذجى ألا يلقى هذا الإستيضاح من الجهة الداعية الى التقدم بالعطاءات فى مناقصة إلا كل إهتمام بالرد عليه فى أقصر وقت ممكن ، وعلى الأخص متى كانت مفتوحة للموردين أو المقاولين غير المقيمين .

وليس فى القانون المصرى ما يتعارض مع هذا الإجراء ، وحينئذ يكون مرجوا ، نزولا على متطلبات القانون النموذجى ، أن تبادر جهة الإدارة الى الرد على إستفسار مثل هذا المورد أو المقاول ، بعد الرجوع الى وزارة المالية وإستصدار الموافقة اللازمة من وزير المالية - طبقاً للمادة الثالثة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - اذا كانت الإستجابة الى الأستفسار تحتاج إلى إستثناء من كيفية أداء التأمين والإجراءات الواجب إتباعها فى هذا الشأن .

فاذا أصدر وزير المالية قراره المذكور بما يكون فيه من إستثناء من أحكام تأمينات العقد الإدارى بالنسبة لحالة المناقصة أو المناقصات المطروح أمرها للإستفسار ، وبادرت جهة الإدارة المعنية بالمناقصة المزمع الدعوة لتقديم العطاءات بشأنها الى الرد على المورد أو المقاول صاحب الإستفسار ، وتقدم فعلا مثل هذا المورد أو المقاول بعطاءه مصحوبا بالتأمين على النحو الذى ورد بالرد على الإستفسار السابق تقديمه منه ، فان جهة الإدارة وإن كانت ملزمة باتباع القاعدة التنظيمية التى أخبرت المتناقص المستفسر بها فى الرد على طلب الإستفسار إلا أنها غير ملزمة بالا ترفض تأمين العطاء متى كان مصدر هذا التأمين أو المعزز له قد لحقه إعسار أو إفلاس . أو

بصفة عامة زايته الثقة التأمينية الواجبة . وإن تكون جهة الإدارة في حالة رفض العطاء على سند من ذلك قد خالفت أحكام الفقرة ١ - د من المادة ٣٠ من القانون النموذجي لأن الفقرة ١ - هـ من المادة المذكورة قد خولتها الرفض على هذا الأساس .

ومن ناحية أخرى فقد جاء التنظيم القانوني المصري للمناقصات والمزادات متفقاً مع ما جاء بالقانون النموذجي في المادة ٣٢ فقرة ١ - ب من إن جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة حرة في أن تصمم المناقصة التي تدعو إليها وتجريها على النحو الذي ترى إنه محقق للأغراض التي ترجوها . ولهذا فجهة الإدارة المتناقصة تورد في وثائق المناقصة متطلباتها المتعلقة بشروط تأمين العطاء . فإذا جاء التأمين المقدم مستوفياً للشروط الموضوعية من جهة الإدارة ، فليس لها أن تتنكر لما إرتضته وإشترطته في وثائق المناقصة بشأن ذلك التأمين . ومهما يكن من أمر فإن جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة تلتزم بمراعاة مبدأ المساواة بين المتنافسين في المعاملة . فلا تفرق بين عطاء وعطاء إلا إذا كانت المعاملة المميزّة التي ستمنحها لمتعاقد لها مبرر وعيد من الواقع والقانون ، وتخلو من التعنت وإساعة إستعمال السلطة المخولة لها . فمن المقرر في الفقه والقضاء الإداري المصري والمقارن أن كل ما تجريه جهة الإدارة من ممارسات ، وما تمنع من صلاحيات إنما هو مستتبعات « وظيفية » تنقلها الجهة الإدارية وتؤديها في حدود القانون .

رابعاً - عدم جواز منازعة جهة الإدارة للمتقدم إليها بعطاء في استرداد التأمين :

تحقق المادتان ٥٨ و ٧١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ متطلبات المادة ٣٢ فقرة ٢ من القانون النموذجي ، فقد إتفقت أحكام النظام المصري والقانون النموذجي على عدم منازعة جهة الإدارة للمتقدم إليها بعطاء في استرداد ما دفعه من تأمين مؤقت في الأحوال الآتية :

١ - إذا تمت المناقصة ورسّت على متنافس آخر ، وقدم هذا الأخير بالفعل التأمين النهائي ، أي تأمين تنفيذ العقد ، أو لم يقدمه وكانت وثائق الدعوة إلى المناقصة لا تتطلب منه ذلك .

٢ - إذا انقضت المدة المحددة لسريان العطاء دون أن تبت فيها جهة الإدارة . وحتى إذا طلبت جهة الإدارة مد هذا الأجل ، وبالتالي مد أجل سريان التأمين الإبتدائي أو المؤقت ، فللمتقدم الى المناقصة عدم قبول هذا المد ، ويكون له إسترداد تأمينه وعدم المضى فى المناقصة .

٣ - إذا صرفت جهة الإدارة النظر عن المضى فى العقد الإدارى الذى كان متوقعا إبرامه ، وأوقفت إجراءات المناقصة (٥).

على أنه يظل ثمة إختلاف بين ما يقضى به القانون النموذجى وبين ما تقضى به اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ فى مدى حق مقدم العطاء فى سحب عطائه ، فان القانون النموذجى فى المادة ٣٢ فقرة ٢ يخلو مقدم العطاء أن يسحب عطائه فى خلال المدة المحددة لتقديم العطاءات . أما اللائحة التنفيذية المذكورة فى المادة ٥٨ فتتنص على إنه اذا سحب مقدم العطاء عطائه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف يصبح التأمين المؤقت المودع منه حقا لجهة الإدارة ، وذلك دون حاجة الى إنذار أو التجاء الى القضاء أو اتخاذ أية إجراءات أو إقامة الدلائل على حصول ضرر .

ويقتضى الأمر ، على ضوء الفقرة ٢ من المادة ٣٢ من القانون النموذجى ، تعديل أحكام المادة ٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ بالأى يفقد مقدم العطاء تأمينة المؤقت إذا ما سحب عطائه أو عدل فيه خلال الفترة المقررة لتقديم العطاءات .

على إنه جدير بالإشارة أيضا الى أن إلزام المتناقص بعطائه منذ ساعة تقديمه وفقا للمادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ يعنى إنه لا يملك أن يعدل أسعاره بالزيادة ، ولكنه فى حالة التعديل بالتخفيض لا يفقد التأمين المؤقت .

ومن ناحية أخرى فان الفقرة ٢ من المادة ٣٢ من القانون النموذجى بالنسبة للحق فى سحب العطاء نصت على أنه يجوز أن ينص فى وثائق الدعوة الى المناقصة على عكس ما قررت أصلا من جواز سحب العطاء قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات ، بان ينص فى تلك الوثائق على أن مقدم العطاء يظل ملتزما بعطائه منذ تقديمه إلى حين فتح المظاريف . وعندئذ يضحى الحكم الذى تتضمنه وثائق الدعوة إلى المناقصة متققا مع كل من أحكام القانون النموذجى واللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ .

(٥) وقد نصت المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ على حالات يجوز فيها لجهة الإدارة

إلغاء المناقصة أو الإستغناء عنها .

خاصاً - سرعة رد وثيقة التأمين :

كما ذهب نظام المناقصات والمزايدات المصرى الى تلبية ما أشار اليه القانون النموذجى فى الفقرة ٢ من المادة ٢٢ من سرعة رد أو العمل على سرعة رد وثيقة التأمين فور تحقق أى من حالات أحقية مقدم العطاء فى إسترداد التأمين الذى قدمه . فنصت المادة ٧١ فقرة ١ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ على أن يرد التأمين المؤقت الى أصحاب العطاءات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان هذا التأمين نقداً أو بشيك أو ب خطاب ضمان ، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إنتهاء المدة المحددة لسريان العطاء ، أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب العطاء المقبول .

وبالنسبة للتأمين النهائى فانه يرد بدوره أو مابقى منه لصاحبه - طبقاً لأحكام المادتين ٧١ ، ٨٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ - فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقاً للشروط ، كما يكون هذا الرد حتى بغير توقف على طلب صاحب التأمين .

ومن المرغوب فيه أن ينص فى الضمان على آخر ميعاد يجب أن تصل فيه المطالبات بشأنه الى الضامن . ولذلك يجب أن تكون القاعدة أن يعنى بالنص فى الضمان على ميعاد إنقضاء تقديم المطالبات ، ويجدر أن يربط ميعاد الانقضاء هذا على نحو واقعى بفترة العطاء أو بفترة الأداء حسب الأحوال .

ويجب أن يوضع فى الاعتبار ، على أى حال أن فى بعض البلاد يحظر التشريع النص على ميعاد لإنقضاء المطالبات فى « كتاب الضمان » مما قد يفضى الى إبقاء الضامن مسئولاً عن التزامه لمدة أطول مما نص عليه فى الضمان صراحة . ونشير فى هذا المقام أيضاً الى أن مصر ليست من قبيل الدول التى أشار القانون النموذجى الى إنها لازالت تجيز لجهة الإدارة إحتجاز وثيقة الضمان والمطالبة بأداء قيمة الضمانة حتى بعد فوات ميعاد الصلاحية . ومصدقا على ذلك فقد نصت المادة ٨ فقرة ٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ على أنه اذا إنقضت المدة المحددة لسريان العطاءات دون أن تثبت فيها جهة الإدارة الداعية الى المناقصة جاز لمقدم العطاء إسترداد التأمين الذى قدمه لجهة الإدارة ، كما يضمنى غير ملزم به فى كل الأحوال .

إن إعادة وثيقة الضمان الى الضامن حينما يضحى غير ذى فعالية أمر مرغوب فيه لإعتبارات اليقينيه ، فان إعادة الوثيقة الأصلية يؤكد بشكل حاسم إنه ما من مطالبات ستقدم فى ظل وثيقة الضمان المرتجعة . وقد يكون لهذا الأمر دلالة خاصة فى البلاد التى تنص تشريعاتها على بقاء الضمان فعالا حتى تعاد وثيقة الضمان إلى الضامن ، أو أن يبرىء المستفيد صراحة الضامن من التزاماته .

وعلى أى حال ، فلئن كان كل من القانون النموذجى والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ لا يفرض جزاء على الإمتناع عن إعادة مثل هذه الوثيقة ، الا أنه فى ظل أحكام القانونين لا تعطى حيازة وثيقة الضمان أو احتجازها فى حد ذاتها أى حق للمستفيد بعد إنقضائها .

وتقدم المطالبة بشأن الضمان كتابة أو بإحدى وسائل الإتصال السريع (برقية أو فاكس أو توكس) . ويجب أن يتلقاها الضامن فى ميعاد لا يتجاوز تاريخ نهاية الصلاحية المحدد فى الضمان . وعند استلام الضامن للمطالبة عليه أن يخطر المصدر أو الطرف الأمر حسب الأحوال بهذه المطالبة . فاذا كانت المطالبة قد وجهت من قبل المستفيد فى الوقت المقرر ، ولكنها لم تصل الى الضامن الا بعد الأجل المحدد لتقديم المطالبات بسبب « قوة قاهرة » فالغالب أن يترك حسم هذه المسألة « لقواعد القوة القاهرة » فى القانون الواجب التطبيق على المنازعة .

وفى كل الأحوال لا يعتد بالمطالبة اذا كان الضمان قد فقد صلاحيته وفقا لشروطه ذاتها .

فاذا طلبت جهة الإدارة من مقدمى العطاءات مهلة جديدة لسريان العطاءات وتأميناتها لتفرغ من البت فى المناقصة ، فقد لا يقبل البعض من مقدمى العطاءات ذلك حتى لا يظل ملتزما بعطائه وتأمينه مدة طويلة ، وعندئذ ينتهى التزامه بالتأمين المؤقت . ويرد اليه خلال أقصر وقت . أما من قبل المد فهو الذى يظل وحده ملتزما بتأمينه . على أن من كان قد قدم كتاب ضمان وفق عطائه ، ولما انقضى ميعاد سريان تأمينه لم يطلب الفاء تأمينه ، فهو يعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل لجهة الإدارة إخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه (٥) .

(٥) وكان الأجدر أن يكون الحكم فى هذا الخصوص بعدم سريان وثيقة الضمان بعد تاريخ إنتهاء صلاحيتها المحدد فيها ما لم يتم الضامن بإخطار المستفيد كتابة (أو بهيئة أو فاكس أو توكس) بسريان ضمانه فى مثل هذه الحالة أو بان تاريخ إنتهاء الصلاحية قد قد لتاريخ لاحق .

وقد يكون لدى المستفيد (جهة الإدارة المعنية) أسباب مبررة لد الأجل ل حين إتمام فحص العطاءات إلا أن المدين الأصلي (المورد أو المقاول المتقدم للمناقصة) لا يجب أن يجبر على مد أجل صلاحية عطاءه ، أو إعادة التفاوض حول عروضه تحت تهديد بأنه مطالب بالدفع بمقتضى الضمان .

وهكذا يتأتى التوازن بين ما لجهة الإدارة وما عليها من ناحية وبين ما للمتناقضين وما عليهم من ناحية أخرى ، فقد وضعت المادة ٣١ - ب من القانون النموذجي لتمكن جهة الإدارة الداعية للمناقصة من معالجة الحالات التي يتأخر فيها البت فى العطاءات من ناحيتها ، فسمح لتلك الجهة أن تطلب مد فترة صلاحية العطاءات . ولكن من ناحية أخرى لم يجعل لهذا الطلب أية صفة إجبارية على الموردين والمقاولين المتقدمين الى المناقصة ، ولم يسمحوا بعد سريان وثائق التأمين الضامنة لعطاءاتهم .

وبالمقابلة لكل ما تقدم تتفق أحكام القانون النموذجي واللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بصفة عامة فى الحالات التى يحق فيها لجهة الإدارة المختصة مصادرة التأمين المؤقت .

سادساً - إعلاء الالتزام الدولى على الالتزام المحلى :

إن الفكرة الجوهرية التى تكمن وراء كل من النظامين المحلى والدولى (القانون النموذجي فى حالتنا الراهنة) تتمثل فى إرساء نظام قانوني يكفل أنسب الطرق لحصول الجهات التى وضع من أجلها هذا النظام على ما تحتاجه من سلع وإنشاءات وخدمات تزود بها مشروعاتها ذات النفع العام ، وذلك أيضا حرصا على ضمان حسن انفاذ الإعتمادات المخصصة لتمويل تلك المشروعات فيما رصدت له هذه الإعتمادات أصلا .

وقد بلغ من حرص جهات التمويل الأجنبية (٥) . والدولية (٥٥) . فى هذا المقام أنها تشترط فى إتفاقية القرض أو المنحة التى تبرمها مع الحكومة المتلقية للقرض الميسر أو

(٥) مثل الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية .

(٥٥) مثل البنك الدولى للإنشاءات والتعمير .

المنحة على إقصاء أحكام قوانين ولوائح المناقصات المحلية والعمل بأحكام لائحة مناقصات الجهة المانحة للتمويل بالنسبة لتجهيز كل مشروع يمول بالإتمادات المقدمة منها . ومن ثم تضمن مثل هذه الجهات هيمنتها على إجراء المناقصات في مختلف مراحلها من خلال تطبيق لائحة المناقصات الخاصة بها . وهذا كله يملية حرص تلك الجهات على أن يأتى اتفاق المقترض أو متلقى المنحة لإتمادات القرض أو المنحة كليا أو جزئيا انفاقا يتفق مع ما منح القرض أو المنحة من أجله .

ولهذا فعندما تبرم إتفاقيه من إتفاقيات القروض أو المنح للتنمية الإقتصادية والفنية بين جمهورية مصر العربية ودولة من الدول الأجنبية أو الهيئات الدولية وتحصل بمقتضاها مصر على منحة أو قرض فلن يكون بمستغرب ولا من غير المألوف في المعاملات الدولية أن تشترط الدولة أو الهيئة الدولية المانحة أو المقرضة أن يخضع ذلك القرض أو تلك المنحة لقوانينها ولوائحها .

وهذا ما تصدت له أيضا المادة ٣ من القانون النموذجي وأقرته بإعلانها الألتزامات الدولية على أى إلزام يقضى به قانون محلى .

وسوف نجد مثلا على ذلك فى اتفاقية المعونة الإقتصادية والفنية وما يتصل بها من مسائل الموقعة فى القاهرة بتاريخ ١٦ أغسطس ١٩٧٨ بين حكومتى جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية ، والمصدق عليها من رئيس جمهورية مصر العربية بتاريخ ١٥ أغسطس ١٩٧٨ (الجريدة الرسمية - العدد ٤٨ فى ٢٠ نوفمبر ١٩٧٨) فقد نص البند (١) من هذا الإتفاق على أن « تقوم حكومة الولايات المتحدة الأمريكية بتقديم المعونة الإقتصادية والفنية وما يتصل بها من مسائل وفقا لأحكام هذا الإتفاقى ... ويخضع تقديم هذه المعونات للقوانين واللوائح بالولايات المتحدة » .

وقد تصدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لتفسير هذا البند واستبان لها أن المادة ١٥١ من الدستور المصرى تقضى بأن « يبرم رئيس الجمهورية المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان ، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها طبقا للأوضاع المقررة » . ولما كانت إتفاقيه المنحة الأمريكية لتوسيع شبكة الصرف الصحى بالإسكندرية الموقعة بين

حكومتى جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية قد مرت بمراحلها الدستورية بإبرام رئيس الجمهورية لها ، ثم موافقة مجلس الشعب عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة فتكون لها قوة القانون ، وتصبح فيما تضمنت من أحكام واجبة التطبيق بإعتبارها قانونا خاصا ، بحيث يتعين إعمال ما ورد بها من أحكام متعلقة بشروط وإجراءات التعاقد وإختيار المتعاقدين حتى فيما تخرج عنه فى هذا الشأن عن أحكام قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ تطبيقا للقاعدة الأصولية من أن الخاص يقيد العام .

وإنتهى رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من ذلك بجلسة ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٥ الى وجوب تطبيق أحكام إتفاقية المنحة الأمريكية لتوسيع شبكة الصرف الصحى بالإسكندرية فيما يتعلق باختيار المتعاقدين وإجراءات التعاقد فيما خالفت فيه أحكام القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولأنه التنفيذى المشار اليهما .

ويعتبر ما جاء بتفسير الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لإتفاقية المونة الإقتصادية والفنية المعقودة بين حكومتى جمهورية مصر العربية والولايات المتحدة الأمريكية تطبيقا سليما لما جرى عليه العمل فى المناقصات الدولية لتزويد مشروعات الدولة المقترضة أو الممنوحة بما تحتاجه من سلع وخدمات وإنشاءات ، وإن كان قد يبدو أمراً غريباً إقصاء قانون محلى عن التطبيق ، إلا أن هذا هو المطلوب لإرضاء الدولة أو الهيئة الدولية المقرضة أو المقدمة للمنحة تحريك أموالها فى اتجاه التنمية بالدولة الممنوحة أو المقترضة (٥) .

وإذا كانت المادة ٣ من القانون النموذجى قد أوجبت إعلاء الإلتزامات الدولية على أى التزام يقرره قانون محلى ، فقد جات متفقة فى ذلك مع أحكام المادة ١٥١ من الدستور المصرى . ومن ثم إذا أبرمت فى شأن تجهيز مشروع من المشروعات العامة إتفاقية توفر للدولة المتوالية لهذا المشروع التمويل الخارجى الذى يكفل الصرف منه على عمليات تجهيزه بالسلع والانشاءات التى ترسو مناقشتها على مورد أو مقاول

(٥) راجع مزيداً من التفاصيل بهذا الشأن فى كتابنا « لائحة مناقصات البنك الدولى » - طبعة سنة ١٩٨٨ ص

أجنبي ، فإن الإشتراطات التى تنص عليها الإتفاقية بشأن إجراء المناقصة المذكورة سوف تعلق على أحكام النظام المحلى للمناقصات والمزايدات ، ومن ثم يستبعد من التطبيق كل حكم فى هذا النظام يخالف ما أوردته الإشتراطات التى تنص عليها الإتفاقية .

سابعاً - خطاب الضمان - كك الكفالة - بوليصة التأمين :

نهت أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى المادة ٦٨ منها عن أن يكون أداء التأمين عن طريق « الكفالة » بينما أجاز القانون النموذجى فى المادة (٢) أن تكون الكفالة تأمينا للتعطاء فى المناقصات ، وإن كانت قد سمحت لجهة الإدارة الداعية الى المناقصات أن تعين فى أوراق الدعوة نوع التأمين الذى تتطلبه وطبيعته وأوضاعه (المادة ٣٠ من القانون النموذجى) . وهكذا يكون لجهة الإدارة فى مصر الحق فى عدم طلب « الكفالة » كتأمين للمناقصات التى تدعو إليها دون أن يكون فى ذلك إخلال من جانبها بأحكام المادة (٢-ح) من القانون النموذجى .

على أن موقف جهة الإدارة المصرية إزاء ضمان مقدم على صورة كفالة أداء يحتاج على أى حال الى وقفة تأمل ، ذلك أن الهدف من الضمان هو بصفة عامة كفالة أداء الإلتزام . وفى حالة تخلف هذا الأداء من جانب المدين الأصلى يؤدى الكفيل لقاء هذا التخلف إما عمل أو مبلغ من المال (٥) .

ومؤدى كفالة أداء الإلتزام بمعرفة متعاقد آخر - كما سبق أن وضحنا- إستجلاب شخص إضافى غير المتقدم للمناقصة يكفل قيام هذا الأخير بالمشروع الحكومى الذى ترسو عليه مناقصته (٥٥) . ومن ثم استقرت فى بلاد مثل الولايات المتحدة الأمريكية وكندا ، قاعدة تقضى بأن على المفاوض المتناقص على مشروع حكومى أن يرتب مع

(٥) وقد دخلت شركات التأمين فى بعض البلاد بموافقة السلطات الإقتصادية فيها مجال ضمانات العقود . وراحت تنافس البنوك فى إصدارها لخطابات الضمان مقابل ألساط للتأمين نسبتها أقل مما تتقاضاه البنوك من عمولة لقاء إصدارها لخطابات الضمان المصرفية . وقد لاحظت شركات التأمين أن ثمة تشابها بين عمليات التأمين التى تقوم بها وبيع ضمانات العقود فى كلى العاليتين ثمة إمكانية تقديم حماية من مخاطر محتملة تتمثل فى أداء الدين إذا لم يبلغه المدين . على أن هذا النمى يعتبر فى مصر مخالفا للقانون على ما سيبيح فى المتن .

(٥٥) راجع فى ذلك ما سبق أن تقدم صفحة ٦١ وما بعدها .

شركة كفيلة مؤهلة « صك كفالة » يضمن الأداء الكامل للعقد . ويكون الكفيل ملزماً بأن يكمل الأعمال بذات الشروط والأوضاع التي تضمنها العقد الأصلي . على أنه في تلك البلاد قبل أن يطلب من الكفيل أن يتولى إلتزاماته بمقتضى « عقد الكفالة » يجب أن يثبت أن المتناقض المتعاقد قد أدخل بإلتزاماته التي حملها بها العقد الأصلي المكفول . وفى سبيل ذلك إما أن يقر المقاول المكفول بالإخلال ، أو يصدر ضده حكم قضائى أو قرار من لجنة تحكيم يسجل عليه هذا الإخلال . على أنه إذا ثبت من ناحية أخرى أن الخطأ أو الإخلال بالعقد كان من جانب المستفيد من الكفالة ، فإن هذا الأخير ، وهو الجهة الإدارية المتعاقدة ، لن يكون له الحق فى مطالبة الكفيل بتعويض الأضرار المتسببة .

ومن هذه الزوايا على الأخص يبين وجه الإختلاف بين « الكفالة » -SE- CURITY BOND و « خطاب الضمان المصرفى » -BANK LETTER OF GUARANTEE ذلك أن الكفالة - وقد تكون تمهيداً بأداء الأعمال أو بتقديم مبلغ محدد من المال الى المستفيد - حتى تؤتى آثارها القانونية فى تعويض المستفيد يجب أن يثبت الخطأ فى جانب المقاول المكفول . وهذه النتيجة هى ما يجعل الكفالة مستحبة من جانب المقاولين وضامنيهم فى عقود التجارة الدولية ، على أن خطاب الضمان المصرفى يظل مفضلاً فى هذه العقود سواء من جانب مشتري المشروعات أو من جانب البنوك التى تفضل أن يبقى دورها مقصوراً على التمويل دون الخوض فى عمليات تقدير ما إذا كانت الأعمال المكفولة بالضمان قد أدبت على ما يرام من عدمه بما تنطوى عليه هذه المهام من نواحي فنية تقصر عنها صلاحيات البنوك بصفة أصلية . ويكل وضوح ، فإن مشتري المشروعات يرغبون أن يدفعوا ثمناً أعلى لقاء ضمان أوفى ، من أن يدفعوا ثمناً أرخص مقابل ضمان أقل .

على أننا سوف نجد « الكفالة » متطلبة أيضاً كتأمين لبعض المناقصات التى تجريها جهات الإدارة المصرية بتمويلات ممنوحة لها بمقتضى اتفاقيات مع جهات تمويل أجنبية أو دولية ، بل أن من هذه الجهات ما يجعل إختيار نوع تأمين العطاء

المقدم متروكا للمورد أو المقاول الأجنبي أيضا ، كما لا تفرق لوائح مناقصات هذه الجهات بين « الكفالة » التى يكون التزام الكفيل فيها أداء عمل وبين تلك التى يكون التزامه فيها أداء مبلغ من النقود ، مثلما تنطوى عليه صكوك الكفالة التى تصدرها بعض شركات التأمين فى البلاد التى تسمح أنظمتها بإصدار تلك الصكوك INSURANCE BONDS . وعلى سبيل المثال ، نجد أن لائحة مناقصات البنك الدولى ، وهى اللائحة التى تطبق على المناقصات الممولة من القروض التى يقدمها البنك بمقتضى اتفاقيات مع الدول الطالبة لتجهيز مشروعاتها العامة ، تسمح للمتقدم بالعطاء ، أى للمقاول أو المورد ، أن يختار صورة التأمين الذى يراه ، ويؤبى على رب العمل أن يحدد بنفسه نوع التأمين بالنسبة لعقود الأشغال المدنية ، ومن ثم يكون تأمين الأداء فى هذه العقود على صورة « كفالة أداء » أو « خطاب ضمان مصرفى » حسبما يقدره المورد أو المقاولون غيره . ويسهر البنك الدولى بطبيعة الحال على مراعاة ذلك من واقع مراجعته لوثائق المناقصة . وبالتالي ، فإن الأنظمة القانونية المحلية التى تحكم تجهيز مشروعات التنمية فى البلد المقترض ، مثل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزيادات ولائحته التنفيذية ، لا تسرى فى خصوصية تأمينات العقد على المناقصات الدولية التنافسية لعقود الأشغال العامة الممولة من جانب البنك الدولى ، إلا اذا وافق البنك الدولى على غير ذلك (٥) .

وفى هذه الحالة وحدها ، نجد إمكان استخدام « صكوك الكفالة » التى على هيئة بوالص تأمين INSURANCE BONDS فى مناقصات تجريها جهات الإدارة المصرية . لأنه فى غير هذه الحالة ، ولا حتى وزير المالية يستطيع أن يصدر قرارا باجازتها كتأمين لمناقصة ، طبقا للمادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وذلك لأن ضمان العقد ليس مجرد تغطية مخاطر ، إذ انه لا يجوز منطقيا أن تلتزم شركة التأمين بتأمين عميلها (المدين) ضد عدم التنفيذ الإرادى من جانبه ،

(٥) راجع فى هذا الصدد ص ٣٨ وما بعدها وص ٨١ وما بعدها من مؤلفنا بعنوان « لائحة مناقصات البنك

الدولى » سالف الإشارة إليه .

فالتأمين بحسب أحكامه الأصلية يكون عن خطر من شروطه ألا يتعلق بمحض إرادة أحد طرفي العقد ، ذلك أن الخطر اذا تعلق بمحض إرادة أحد الطرفين انتفى عنصر الإحتمال وأصبح تحقق الخطر رهنا بمشيئة هذا الطرف . وعلى ذلك فإن المقاول لا يستطيع أن يلجأ بحسب أصوليات عقد التأمين الى شركة التأمين لتصدر بوليصة تأمين تكفل بها عدم إخلاله بالتزاماته التعاقدية ، والذي قد يستطيع ان يلجأ في هذه الحالة الى شركة التأمين هو المالك أو مشتري المشروع كي يؤمنه ضد اخلال المتعاقد الآخر (المقاول) بالتزاماته قبله أو إهماله في تنفيذها . ولكن هذا شيء آخر ، فإن الذي يحتاج اليه عقد المقاوله النولى كضمان يطمئن اليه المشتري أو المالك ، فيقبل أن يسند العملية التي يريد التعاقد عليها الى مقاول بون غيره ، هو ضمان يتقدم به المقاول الى المشتري أو رب العمل يتمهد له به طرف ثالث ، كبك من البنوك أن يدفع عند الطلب مبلغا اذا ما أخل المقاول بالتزاماته كليا أو جزئيا . وهذا ما تقتصر عنه شركة التأمين ، فعملها في حالة بوالص التأمين لن يكون المقاول فهذا ممتنع عليها ، اذ هي قانونا لا تملك أن تؤمن أخطار رهينة بارادة المؤمن له . ومن ثم لا تستطيع أن تصدر بوليصة تأمين للعميل (المقاول) تكفل تعويض المالك أو مشتري المشروع أو رب العمل في حالة ارتكاب المقاول خطأ أو إهمالا في تنفيذ العقد الأصلي . ويلاحظ من ناحية أخرى أن عملية إصدار خطاب الضمان من بك من البنوك الى عميل (المقاول) لا تقوم على تلقى البنك اقساطا كما تفعل شركة التأمين بالنسبة لبوليصة التأمين وإنما يتلقى البنك مقابل إصدار خطاب ضمان لعميله (الذي هو الطرف المدين في عقد المقاوله الأصلي) عمولة أو أجرا .

ولئن سمح القانون النموذجي في المادة (٢-ج) منه بأن يكون الضمان في المناقصات كفالة من هذا القبيل ، بينما نهى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية جهات الإدارة المتناقصه عن قبول « الكفالة » كتأمين لعقودها الإدارية إلا انه متى استلزم الأمر حتما أن يكون ضمان العقد كفالة ، وهذا لا يكون في عقود التوريد

بل فى عقود الأشغال العامة عادة ، أمكن وفقا لأحكام المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (٥) - ولكن أيضا بمراعاة ما سبق إيراد بالنسبة لشركات التأمين - عرض الأمر على وزير المالية لإستصدار قرار خاص بذلك بما له من سلطة تعديل أحكام اللائحة التنفيذية للقانون المذكور ، ومن ثم الإستثناء منها بوضع أحكام تخص حالة بعينها لإعتبارات المصلحة العامة .

ثامنا - التحكيم فى العقود الإدارية :

يمكن إحالة أية منازعة تنشأ متعلقة بتأمينات العقد الى التحكيم بالإتفاق بين الضامن والمستفيد . ويجدر تسوية أية منازعة تثور بشأن الضمان عن طريق التحكيم . على أنه يجب أن يتوافر إتفاق خاص بين الضامن والمستفيد كى يلتزما بالتحكيم . وفى هذا المقام يترك لهما مطلق الحرية فى اختيار نمط التحكيم الذى يرتضيانه ويمكن أن نشير فى هذا المقام على أى حال الى مجموعتين من القواعد المنظمة للتحكيم الدولى ، ألا وهما قواعد محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ، وقواعد اليونسيترال الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية .

كما إنه اذا قام نزاع بين المستفيد والضامن ، فانه يكون من المفيد أن يكون المدين الأسمى أو الطرف الأمر بالضمان قادرا على التدخل فى الإجراءات . ولئن كان من غير الممكن إجبار المدين الأسمى أو الطرف الأمر بالضمان على التدخل ، فان من المستحيل أيضا على الضامن والمستفيد أن يتمسكا بالطبيعة الخاصة للتحكيم كمنازعة مغلقة على طرفيها للإعتراض على مثل هذا التدخل .

واذا لم يتفق الضامن والمستفيد على التحكيم أو على انعقاد الإختصاص الولائى لمحكمة معينة ، فان الأطراف المتنازعة حول الضمان يمكن أن يجدوا أنفسهم معرضين

(*) تجرى المادة ١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بقية « مع عدم الإخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات لا يجوز - فى الحالات الفرعية - الإستثناء من أحكام هذه اللائحة الا عند الضرورة وبقرار من وزير المالية » .

لتنازع فى الإختصاص بين محاكم فى أكثر من بلد . والرأى الغالب فى شأن المحكمة المختصة بمثل هذه المنازعة هو إسناد الإختصاص بتسويتها للمحكمة المختصة فى البلد الذى ينتمى اليه موطن أعمال الضامن أو المحاكم التى تتبع البلد الذى يوجد به الفرع المصدر للضمان ، وذلك حسب إختيار المستفيد (٥) .

وقد ثار تساؤل فى ظل قانون مجلس الدولة المصرى (سواء القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ السابق أو القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الحالى) عما اذا كان يجوز التحكيم فى العقود الإدارية ، اذ نصت المادة ١٠ من القانون على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بمقود الإلتزام والأضرار والتوريد أو أى عقد إدارى آخر . وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا (فى الطعن رقمى ١٦٧٥ و ١٩٥٦ لسنة ٢٠ ق) الى أنه اذا تضمن العقد الإدارى نصا مؤداه إن كل خلاف بين الطرفين على تفسير أو تنفيذ أحكام العقد يفصل فيه عن طريق التحكيم ، ينطوى على مخالفة للقانون وإخلال بقواعد إختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى ، وهى قواعد من النظام العام ، ولا يجوز الإتفاق على خلافها .

الا أن الصحيح فى الأمر هو ما ذهبت اليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فى فتاها (ملف رقم ٢٦٥/١/٥٤) بجلسة ١٧ مايو سنة ١٩٨٩ ، من جواز الإتفاق على الإلتجاء الى التحكيم فى العقود الإدارية .

وقد بدأت الجمعية العمومية باستجلاء معنى التحكيم . وأوضحت « أن التحكيم هو الإتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر للفصل فيه - بدلا من المحكمة المختصة به - وذلك بحكم ملزم للخصوم . ويتخذ هذا الإتفاق إحدى صورتين . فهو قد يرد ضمن العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول هذا العقد أو تنفيذه يتم البت فيه عن طريق التحكيم . ويسمى هذا الإتفاق

(٥) وبهذا أخذت المادة ١١ من وثيقة التجارة الدولية بباريس رقم ٢٢٥ بعنوان « القواعد الموحدة لفسائات العقد » . (راجع ما تقدم من ١٢٨ و ١٢٩) والمادة ٢٨ من الوثيقة رقم ٤٥٨ بشأن القواعد الموحدة لفسائات العقد تحت الطلب (راجع من ١٤٩ و ١٥٠) .

« بشرط التحكيم » . وقد لا يتلق الطرفان على التحكيم فى العقد الأسمى ، ولكن عند قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقا خاصا للفصل فى النزاع الذى نشأ بأسلوب التحكيم . ويطلق على هذا الإتفاق « مشاركة التحكيم » . والتحكيم يقوم على أساسين هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة ، لأن التحكيم استثناء من الأصل العام فى التشريع . وبالتالي فلا يجوز إجبار شخص على سلوكه وحرمانه من الإلتجاء الى القضاء الا عن رضا وإختيار . كما إنه لا تكفى إرادة الخصوم وحدها للفصل فى منازعاتهم عن طريق التحكيم ، بل لابد أن يتم ذلك فى حدود القواعد التى يضعها المشرع لتنظيم التحكيم وإجراءاته » .

وبعد أن أوضحت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع مفهوم التحكيم فى العقود وماهيته ، استطردت وتساطت عما اذا كان القانون يجيز التحكيم كإجراء قانونى لفص المنازعات فى العقود . وأجابت الجمعية العمومية على ذلك بأن « قانون المرافعات المدنية والتجارية قد أجاز الإتفاق على التحكيم بالمفهوم السالف إيضاحه مبينا شروطه وإجراءاته وكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن فيها فى المواد من ٥٠١ وما يليها . كما إن قانون مجلس الدولة (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) أورد بالمادة ٥٨ منه ما يقطع صراحة بجواز التجاء جهة الإدارة الى التحكيم فى منازعتها العقيدية - إدارية أو مدنية - . حينما نص بالفقرة الثالثة من المادة المذكورة على إلزام أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بالألا تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير إستفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة » .

وإستخلصت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع من ذلك إنه « لو أن الإتفاق على التحكيم أمر محظور على جهة الإدارة ما كان المشرع ألزما أصلا بعرض هذا الإتفاق أو تنفيذ قرار المحكمين بشأنه على مجلس الدولة للمراجعة . بيد إنه إزاء عدم وجود تشريع خاص ينظم التحكيم فى منازعات العقود التى تكون جهة

الإدارة طرفاً فيها سواء المدنية أو الإدارية ، فإنه يتعين الرجوع في ذلك الى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته الواردة بقانون المرافعات ، والتي لا تتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية » .

وردت الجمعية العمومية على الحجة التي استندت اليها المحكمة الإدارية العليا للقول بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية رداً ينهار به ما خلصت اليه المحكمة المذكورة ، ولا يبقى له من قائمة ، إذ أوضحت الجمعية العمومية إنه « لا وجه للقول بأن محاكم مجلس الدولة هي المختصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية بغيرها - طبقاً للمادة ١٠ من قانون مجلس الدولة - وبالتالي فإن الاتفاق على حسم تلك المنازعات بطريق مؤداه سلب الولاية المعقودة للقضاء الإداري في هذا الشأن - لا وجه لذلك لأن المقصود من نص المادة ١٠ هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء العادي ، ولا يجوز أن نتجاوز في التفسير قصد المشرع والقول بحظر الإلتجاء الى التحكيم في منازعات العقود الإدارية » .

على أن هذا الخلاف قد حسم بصنور قانون التحكيم الجديد (القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية)^(٥) . الذي نص على جواز التحكيم في العقود الإدارية . وقد جرت عبارة المادة (١) من هذا القانون بأنه « مع عدم الأخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين الأطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي ينور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر ، أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج وأتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون » .

(٥) الجريدة الرسمية - العدد ١٦ (تابع) في ٢١ أبريل ١٩٩٤

ملحق

وثيقتا غرفة التجارة الدولية

I. C. C.
Uniform Rules for
Contract Guarantees

Article 1

Scope

1. These Rules apply to any guarantee, bond, indemnity, surety or similar undertaking, however named or described (" guarantee "), which states that it is subject to the Uniform Rules for Tender, Performance and Repayment Guarantees (" Contract Guarantees ") of the International Chamber of Commerce (Publication N° 235) and are binding upon all parties thereto unless otherwise expressly stated in the guarantee or any amendment thereto.
2. Where any of these Rules is contrary to a provision of the law applicable to the guarantee from which the parties cannot derogate, that provision prevails.

Article 2

Definition

For the purposes of these Rules ;

a " tender guarantee " means an undertaking given by a bank, insurance company or other party (" the guarantor ") at the request of a tenderer (" the principal ") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party ") to a party inviting tenders (" the beneficiary ") whereby the guarantor undertakes - in the event of default by the principal in the obligations resulting from the submission of the tender - to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money :

b " performance guarantee " means an undertaking given by a bank, insurance company or other party (" the guarantor ") at the request of a supplier of goods or services or other contractor (" the principal ") or given on the instructions of a bank, insurance company, or other party so requested by the principal ("the instructing party") to a buyer or to an employer (" the beneficiary ") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal in due performance of the terms of a contract between the principal and the beneficiary (" the contract ") - to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money or, if the guarantee so provides, at the guarantor's option, to arrange for performance of the contract.

c " repayment guarantee " means an undertaking given by a bank, insurance company or other party (" the guarantor ") at the request of a supplier of goods or services or other contractor (" the principal ") or given on the instructions of a bank, insurance company or other party so requested by the principal (" the instructing party ") to a buyer or to an employer (" the beneficiary ") whereby the guarantor undertakes-in the event of default by the principal to repay in accordance with the terms and conditions of a contract between the principal and the beneficiary (" the contract ") any sum or sums advanced or paid by the beneficiary to the principal and not otherwise repaid-to make payment to the beneficiary within the limits of a stated sum of money.

Article 3

Liability of the guarantor to the beneficiary

1. The guarantor is liable to the beneficiary only in accordance with the terms and conditions specified in the guarantee and these Rules and up to an amount not exceeding that stated in the guarantee.

2. The amount of liability stated in the guarantee shall not be reduced by reason of any partial performance of the contract, unless so specified in the guarantee.
3. The guarantor may rely only on those defences which are based on the terms and conditions specified in the guarantee or are allowed under these Rules.

Article 4

Last date for claim

If a guarantee does not specify a last date by which a claim must have been received by the guarantor, such last date (" expiry date ") is deemed to be :

a in the case of a performance guarantee, six months from the date specified in the contract for delivery or completion or any extension thereof, or one month after the expiry of any maintenance period (guarantee period) provided for in the contract if such maintenance period is expressly covered by the performance guarantee.

c in the case of a repayment guarantee, six months from the date specified in the contract for delivery or completion or any extension thereof.

If the expiry date falls on a non-business day, the expiry date is extended until the first following business day.

Article 5

Expiry of guarantee

1. If no claim has been received by the guarantor on or before the expiry date or if any claim arising under the guarantee has been settled in full satisfaction of all the rights of the beneficiary thereunder, the guarantee ceases to be valid.

2. Notwithstanding the provisions of Article 4, in the case of tender guarantees :

a upon acceptance by the beneficiary of the tender by the award of the contract to the principal and, if so provided for in the written contract, or , if on contract has been signed and it is so provided for in the tender, the production by the principal of a performance guarantee or, if no such guarantee is required, the signature by the principal of the contract, the tender guarantee issued on his behalf ceases to be valid.

b a tender guarantee also ceases to be valid if and when the ccontract to which it relates is awarded to another tenderer, whether or not that tenderer meets the requirements referred to in para. 2 (a) of this Article.

Article 6

Return of guarantee

When a guarantee has ceased to be valid in accordance with its own terms and conditions or with these Rules, retention of the document embodying the guarantee does not in itself confer any rights upon the beneficiary, and the document should be returned to the guarantor without delay.

Article 7

Amendments to contracts and guarantees

1. A tender guarantee is valid only in respect of the original tender submitted by the principal and does not apply in the case of any amendment thereto, nor is it valid beyond the² expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantor has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the guarantee so applies or that the expiry date has been extended.

2. A performance guarantee or a repayment guarantee may stipulate that it shall not be valid in respect of any amendment to the contract, or that the guarantor be notified of any such amendment for his approval. Failing such a stipulation, the guarantee is valid in respect of the obligations of the principal as expressed in the contract and any amendment thereto. However, the guarantee shall not be valid in excess of the amount or beyond the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules, unless the guarantor has given notice in writing or by cable or telegram or telex to the beneficiary that the amount has been increased to a stated figure or that the expiry date has been extended.
3. Any amendment made by the guarantor in the terms and conditions of the guarantee shall be effective in respect of the beneficiary only if agreed to by the beneficiary and in respect of the principal or the instructing party, as the case may be, only if agreed to by the principal or the instructing party, as the case may be.

Article 8

Submission of claim

1. A claim under a guarantee shall be made in writing or by cable or telegram or telex to be received by the guarantor not later than on the expiry date specified in the guarantee or provided for by these Rules.
2. On receipt of a claim the guarantor shall notify the principal or the instructing party, as the case may be, without delay, of such claim and of any documentation received.
3. A claim shall not be honoured unless
a it has been made and received as required by para. 1 of this Article; and

b it is supported by such documentation as is specified in the guarantee or in these Rules; and

c such documentation is presented within the period of time after the receipt of a claim specified in the guarantee, or failing such a specification, as soon as practicable, or, in the case of documentation of the beneficiary himself, at the latest within six months from the receipt of a claim.

In any event, a claim shall not be honoured if the guarantee has ceased to be valid in accordance with its own terms or with these Rules.

Article 9

Documentation to support claim

If a guarantee does not specify the documentation to be produced in support of a claim or merely specifies only a statement of claim by the beneficiary, the beneficiary must submit :

a in the case of a tender guarantee, his declaration that the principal's tender has been accepted and that the principal has then either failed to sign the contract or has failed to submit a performance guarantee as provided for in the tender , and his declaration of agreement, addressed to the principal, to have any dispute on any claim by the principal for payment to him by the beneficiary of all or part of the amount paid under the guarantee settled by a judicial or arbitral tribunal as specified in the tender documents or, if not so specified or otherwise agreed upon, by arbitration in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration or with the UNCITRAL Arbitration Rules, at the option of the principal;

b in the case of a performance guarantee or of a repayment guarantee, either a court decision or an arbitral award justifying the claim,

or the approval of the principal in writing to the claim and the amount to be paid.

Article 10

Applicable law

If a guarantee does not indicate the law by which it is to be governed, the applicable law is that of the guarantor's place of business. If the guarantor has more than one place of business, the applicable law is that of the branch which issued the guarantee.

Article 11

Settlement of disputes

1. Any disputes arising in connection with the guarantee may be referred to arbitration by agreement between the guarantor and the beneficiary, either in accordance with the Rules of the ICC Court of Arbitration, the UNCITRAL Arbitration Rules or such other rules of arbitration as may be agreed between the guarantor and the beneficiary.
2. If a dispute between the guarantor and the beneficiary which touches upon the rights and obligations of the principal or the instructing party is referred to arbitration, the principal or the instructing party shall have the right to intervene in such arbitral proceedings.
3. If the guarantor and the beneficiary have not agreed to arbitration or to the jurisdiction of any specific court, any dispute between them relating to the guarantee shall be settled exclusively by the competent court of the country of the guarantor's place of business or, if the guarantor has more than one place of business, by the competent court of the country of his main place of business or, at the option of the beneficiary, by the competent court of the country of the branch which issued the guarantee.

ICC
Uniform Rules For
Demand Guarantees

A. SCOPE AND APPLICATION OF THE RULES

Article 1

These Rules apply to any demand guarantee and amendment thereto which a Guarantor (as hereinafter described) has been instructed to issue and which states that it is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees of the International Chamber of Commerce (Publication No .458) and are binding on all parties thereto except as otherwise expressly stated in the Guarantee or any amendment thereto.

B. DEFINITIONS AND GENERAL PROVISIONS

Article 2

a) For the purpose of these Rules, a demand guarantee (hereinafter referred to as " Guarantee ") means any guarantee, bond or other payment undertaking, however named or described, by a bank, insurance company or other body or person (hereinafter called " the Guarantor ") given in writing for the payment of money on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and such other document (s) (for example, a certificate by an architect or engineer , a judgment or an arbitral award) as may be specified in the Guarantee, such undertaking being given:

(i) at the request or on the instructions and under the liability of a party (hereinafter called " the Principal ") ; or

- (ii) at the request or on the instructions and under the liability of a bank, insurance company or any other body or person (hereinafter " the Instructing Party ") acting on the instructions of a Principal to another party (hereinafter the " Beneficiary ").
- b) Guarantees by their nature are separate transactions from the contract(s) or tender conditions on which they may be based , and Guarantors are in no way concerned with or bound by such contract(s), or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Guarantee. The duty of a Guarantor under a Guarantee is to pay the sum or sums therein stated on the presentation of a written demand for payment and other documents specified in the Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Guarantee.
- c) For the purpose of these Rules " Counter - Guarantee " means any guarantee, bond or other payment undertaking of the Instructing Party, however named or described, given in writing for the payment of money to the Guarantor on presentation in conformity with the terms of the undertaking of a written demand for payment and other documents specified in the Counter - Guarantee which appear on their face to be in accordance with the terms of the Counter-Guarantee. Counter - Guarantees are by their nature separate transactions from the Guarantees to which they relate and from any underlying contract(s) or tender conditions, and Instructing Parties are in no way concerned with or bound by such Guarantees, contract(s) or tender conditions, despite the inclusion of a reference to them in the Counter-Guarantee .

- d) The expressions " writing " and " written " shall include an authenticated teletransmission or tested electronic data interchange ("EDI") message equivalent thereto.**

Article 3

All instructions for the issue of Guarantees and amendments thereto and Guarantees and amendments themselves should be clear and precise and should avoid excessive detail. Accordingly , all Guarantees should stipulate :

- a) the principal;**
- b) the Beneficiary;**
- c) the Guarantor;**
- d) the underlying transaction requiring the issue of the Guarantee;**
- e) the maximum amount payable and the currency in which it is payable;**
- f) the Expiry Date and/or Expiry Event of the Guarantee;**
- g) the terms for demanding payment;**
- h) any provision for reduction of the guarantee amount.**

Article 4

The Beneficiary's right to make a demand under a Guarantee is not assignable unless expressly stated in the Guarantee or in an amendment thereto.

This Article shall not, however, affect the Beneficiary's right to assign any proceeds to which he may be , or may become entitled under the Guarantee.

Article 5

All Guarantees and Counter-Guarantees are irrevocable unless otherwise indicated.

Article 6

A Guarantee enters into effect as from the date of its issue unless its terms expressly provide that such entry into effect is to be at a later date or is to be subject to conditions specified in the Guarantee and determinable by the Guarantor on the basis of any documents therein specified.

Article 7

- a) Where a Guarantor has been given instructions for the issue of a Guarantee but the instructions are such that, if they were to be carried out, the Guarantor would by reason of law or regulation in the country of issue be unable to fulfil the terms of the Guarantee, the instructions shall not be executed and the Guarantor shall immediately inform the party who gave the Guarantor his instructions by telecommunication or, if that is not possible, by other expeditious means, of the reasons for such inability and request appropriate instructions from that party.
- b) Nothing in this Article shall oblige the Guarantor to issue a Guarantee where the Guarantor has not agreed to do so.

Article 8

A Guarantee may contain express provision for reduction by a specified or determinable amount or amounts on a specified date or dates or upon presentation to the Guarantor of the document (s) specified for this purpose in the Guarantee.

C. LIABILITIES AND RESPONSIBILITIES

Article 9

All documents specified and presented under a Guarantee, including the demand, shall be examined by the Guarantor with reasonable care to ascertain whether or not they appear on their face to conform with the terms of the Guarantee. Where such documents do not appear so to conform or appear on their face to be inconsistent with one another, they shall be refused.

Article 10

- a) A Guarantor shall have a reasonable time within which to examine a demand under a Guarantee and to decide whether to pay or to refuse the demand.
- b) If the Guarantor decides to refuse a demand he shall immediately give notice thereof to the Beneficiary by teletransmission or, if that is not possible, by other expeditious means. Any documents presented under the Guarantee shall be held at the disposal of the Beneficiary.

Article 11

Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the form, authenticity, accuracy, genuineness, falsification, or, legal effect of any document presented to them or for the general and/or particular statements made therein, nor for the good faith or acts or omissions of any person whomsoever.

Article 12

Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility for the consequences arising out of delay and/or loss in transit of any messages, letters, demands or documents or for delay, mutilation

or other errors arising in the transmission of any telecommunication. Guarantors and Instructing Parties assume no liability for errors in translation or interpretation of technical terms and reserve the right to transmit Guarantee texts or any parts thereof without translating them.

Article 13

Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility for consequences arising out of the interruption of their business by acts of God, riots, civil commotions, insurrections, wars or any other causes beyond their control or by strikes, lock-outs or industrial actions of whatever nature.

Article 14

- a) Guarantors and Instructing Parties utilising the services of another party for the purpose of giving effect to the instructions of a Principal do so for the account and at the risk of the Principal.
- b) Guarantors and Instructing Parties assume no liability or responsibility should the instructions they transmit not be carried out even if they have themselves taken the initiative in the choice of such other party.
- c) The Principal shall be liable to indemnify the Guarantor or the Instructing Party, as the case may be against all obligations and responsibilities imposed by foreign laws and usages.

Article 15

Guarantors and Instructing Parties shall not be excluded from liability or responsibility under the terms of Articles 11, 12 and 14 above for their failure to act in good faith and with reasonable care.

Article 16

A Guarantor is liable to the Beneficiary only in accordance with the terms specified in the Guarantee and any amendment (s) thereto and in these Rules and up to an amount not exceeding that stated in the Guarantee and any amendment (s) thereto.

D. DEMANDS

Article 17

Without prejudice to the terms of Article 10, in the event of a demand the Guarantor shall without delay so inform the Principal or, where applicable, his Instructing Party, and in that case the Instructing Party shall so inform the Principal.

Article 18

The amount payable under a Guarantee shall be reduced by the amount of any payment made by the Guarantor in satisfaction of a demand in respect thereof and, where the maximum amount payable under a Guarantee has been satisfied by payment and/or reduction, the Guarantee shall thereupon terminate whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

Article 19

A demand shall be made in accordance with the terms of the Guarantee before its expiry, that is, on or before its Expiry Date and before any Expiry Event as defined in Article 22. In particular, all documents specified in the Guarantee for the purpose, of the demand, and any statement required by Article 20 shall be presented to the Guarantor before its expiry, at its place of issue, otherwise the demand shall be refused by the Guarantor.

Article 20

- a) Any demand for payment under the Guarantee shall be in writing and shall (In addition to such other documents as may be specified in the Guarantee) be supported by a written statemet (whether in the demand itself or in a separate document or documents accompanying the demand and referred to in it) stating:
- (I) that the Principal is in breach of his obligation (s) under the underlying contract (s) or, in the case of a tender guarantee, the tender conditions; and
 - (II) the respect in which the Principal is in breech.
- b) Any demand under the Counter - Guarantee shall be supported by a written statement that the Guarantor has received a demand for payment under the Guarantee in accordance with its terms and with this Article.
- c) Paragraph (a) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Guarantee. Paragraph (b) of this Article applies except to the extent that it is expressly excluded by the terms of the Counter - Guarantee.
- d) Nothing in this Article affects the application of Articles 2(b) and 2(c), 9 and 11

Article 21

The Guarantor shall without delay transmit the Beneficiary's demand and any related documents to the Principal or where applicable, to the Instructing Party for transmission to the Principal.

E. EXPIRY PROVISIONS

Article 22

Expiry of the time specified in a Guarantee for the presentation of demands shall be upon a specified calendar date (" Expiry Date ") or upon presentation to the Guarantor of the document (s) specified for the purpose of expiry (" Expiry Event ") If both an Expiry Date and an Expiry Event are specified in a Guarantee the Guarantee shall expire on whichever of the Expiry Date or Expiry Event occurs first whether or not the Guarantee and any amendment (s) thereto are returned.

Article 23

Irrespective of any expiry provision contained therein, a Guarantee shall be cancelled on presentation to the Guarantor of the Guarantee itself or the Beneficiary's written statement of release from liability under the Guarantee, whether or not, in the latter case, the Guarantee or any amendments thereto are returned.

Article 24

Where a Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise, retention of the Guarantee or of any amendments thereto shall not preserve any rights of the Beneficiary under the Guarantee.

Article 25

Where to the knowledge of the Guarantor the Guarantee has terminated by payment, expiry, cancellation or otherwise or there has been a reduction of the total amount payable thereunder, the Guarantor shall without delay so notify the Principal or where applicable, the Instructing Party and in that case the Instructing Party shall so notify the Principal.

Article 26

If the Beneficiary requests an extension of the validity of the Guarantee as an alternative to a demand for payment submitted in accordance with the terms and conditions of the Guarantee and these Rules, the Guarantor shall without delay so inform the party who gave the Guarantor his instructions. The Guarantor shall then suspend payment of the demand for such time as is reasonable to permit the Principal and the Beneficiary to reach agreement on the granting of such extension and for the Principal to arrange for such extension to be issued.

Unless an extension is granted within the time provided by the preceding paragraph, the Guarantor is obliged to pay the Beneficiary's conforming demand without requiring any further action on the Beneficiary's part. The Guarantor shall incur no liability (for interest or otherwise) should any payment to the Beneficiary be delayed as a result of the above - mentioned procedure.

Even if the Principal agrees to or requests such extension, it shall not be granted unless the Guarantor and the Instructing Party or Parties also agree thereto.

F. GOVERNING LAW AND JURISDICTION

Article 27

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter - Guarantee, its governing law shall be that of the place of business of the Guarantor or Instructing Party (as the case may be) , or if the guarantor or Instructing Party has more than one place of business, that of the branch that issued the Guarantee or Counter - Guarantee.

Article 28

Unless otherwise provided in the Guarantee or Counter - Guarantee any dispute between the Guarantor and the Beneficiary relating to the Guarantee or between the Instructing Party and the Guarantor relating to the Counter - Guarantee shall be Settled exclusively by the competent court of the the country of the place of business of the Guarantor or Instsucting Party (as the case may be), or , if the Guarantor or Instructing Party has more than one place of business by the competent court of the country of the branch which issued the Guarantee or Counter - Guarantee.

الفهرس

٥	مقدمة
	الفصل الأول : السعر والعمله
٩	سعر الصرف الأجنبي
١٠	الضمن المحدد والضمن المتغير
١٢	عقود توريد البضائع والمعدات
١٧	عقود الأشغال العامة
١٩	تصويب أو تسوية السعر بناءً على أدلة مستندية
٢٠	بعض الأحكام العامة في تحديد الأسعار والعمله
٢١	المنافسة وإجراءات المقارنة
	الفصل الثاني : سداد مستحقات بائع المشروع الدولي
٢٩	المبحث الأول : دفع الثمن في عقود توريد البضائع
٢٩	- العقد (أ)
٣٠	- العقد (ب)
٣١	- العقد (ج)
٣٢	المبحث الثاني : دفع الثمن في عقود الأشغال العامة
٣٤	المبحث الثالث : خطاب الإعتماد المستندي
٣٤	تمهيد :
٣٥	هل الغيت النشرة ٤٠٠ بصدر النشرة ٥٠٠ ؟
٣٧	الطبيعة القانونية للقانون والأعراف الموحدة
٣٩	أولاً - تعريف الإعتماد المستندي

٣٩	تعليمات إصدار أو تعديل الإعتماد
٤٠	أطراف الإعتماد المستندى
٤٠	ثانيا - أنواع الاعتمادات المستندية
٤١	(أ) - الاعتماد القابل للعبول عنه
٤٤	(ب) - الاعتماد القطعى أو غير القابل للعبول عنه
٤٨	(ج) - الإعتمادات المعززة
٥٠	ثالثا : الاعتمادات والعقود

الفصل الثالث ، ضمانات مشتري المشروع الدولى

٥٧	المبحث الأول - المشاركون فى ضمان تنفيذ المشروعات
٦٠	المبحث الثانى - أنواع الضمانات
٦٠	المطلب الأول : صكوك الكفالة وخطابات الضمان
٦٥	المطلب الثانى : خطابات الضمان المشروطة وغير المشروطة
٦٥	أولاً - شروط وظروف مصادرة الضمان
٦٦	ثانياً - مخاطر الضمانات غير المشروطة بالنسبة للمعاول
٦٨	ثالثاً - مشكلات يثيرها خطاب الضمان غير المشروط
	رابعاً - استحكام الخلاف بين العميل والمستفيد على صرف خطاب الضمان غير
٧١	المشروط
	خامساً - الجدل حول خطابات الضمان غير المشروط فى ممارسات التجارة
٧٣	الدولية
٧٣	سادساً - خطابات الضمان غير المشروط وخطابات فتح الإعتماد تحت الطلب ...
٧٦	سابعاً - صكوك الكفالة هل هى البديل ؟

- ٧٧ تأمناً - تأمين الضمان
- ٧٩ تاسعاً - لازال خطاب الضمان غير المشروط محبذاً
- ٨٠ المطلب الثالث : خطابات الضمان المحلية والخارجية
- ٨٧ المطلب الرابع : أنماط خطابات الضمان
- ٨٧ ١ - التأمين الابتدائي ، أو تأمين المناقصة ، أو ضمان العطاء
- ٩١ ٢ - تأمين الأداء ، أو التأمين النهائي
- ٩٦ ٣ - تأمين المدفوعات
- ٩٦ ٤ - ضمان سداد المدفوعات المسبقة
- ٩٨ ٥ - ضمان الدفعة الأخيرة
- ٩٩ ٦ - ضمان الصيانة
- ١٠٠ - التأمينات أقل في عقود التوريد
- ١٠٠ - كل حالة بطورها
- ١٠٢ المبحث الثالث : ضمانات التنفيذ الإضافية
- ١٠٢ (١) التعويضات الإتفاقية وحوافز الإنجاز المبكر
- ١٠٣ (ب) التزامات الضمان القانونية

الفصل الرابع

القواعد الموحدة لضمائن العقد الصادرة عن

غرفة التجارة الدولية

المبحث الأول : القواعد الموحدة لضمائن العقد (النشرة رقم ٣٢٥ في

١٠٩ (١٩٧٨ / ٦ / ٢٠)

١٠٩ تمهيد :

١١٠	مقدمة
١١٣	محتوى الوثيقة
١١٤	أحكام الوثيقة
١١٤	أولاً : الإطار
١١٦	ثانياً : التعاريف
١١٧	ثالثاً : مسئولية الضامن قبل المستفيد
١١٩	رابعاً : آخر ميعاد للمطالبة
١٢١	خامساً : انقضاء الضمان
١٢٢	سادساً : إعادة الضمان
١٢٣	سابعاً : التعديلات التي ترد على العقود والضمانات
١٢٤	ثامناً : تقديم المطالبة
١٢٦	تاسعاً : المستندات المدعمة للمطالبة
١٢٨	عاشرأ : القانون الواجب التطبيق
١٢٩	إحدى عشر : تسوية المنازعات
	المبحث الثاني : - القواعد الموحدة لضمانات العقد تحت الطلب (النشرة رقم ٤٥٨ في أبريل ١٩٩٢) .
١٣١	تمهيد :
١٣٢	مقدمة
١٣٨	أولاً : إطار تطبيق القواعد
١٣٨	ثانياً : تعريفات وأحكام عامة
١٤٢	ثالثاً : التبعات والمسئوليات

١٤٤ رابعاً : المطالبات

١٤٦ خامساً : أحكام الإنقضاء

١٤٨ سادساً : القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص

الفصل الخامس

تأمين العطاء بين اليونسيترال النموذجي والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣

بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية .

١٥٣ تمهيد :

المبحث الأول : الإطار العام لقانون اليونسيترال النموذجي ومضمون احكامه في

١٥٤ شأن « تأمينات العطاء »

١٥٤ المطلب الأول : الإطار العام للقانون النموذجي

١٥٤ أولاً - خلفية تاريخية عن قانون اليونسيترال النموذجي

١٥٥ (أ) القانون النموذجي .

١٥٦ (ب) الدليل

ثانيا - السمات الأساسية للقانون النموذجي

١٥٧ (أ) أهداف القانون النموذجي

١٥٧ (ب) نطاق القانون النموذجي

١٦٠ (جـ) القانون النموذجي قانون هيكلي يكمل بلوائح تكفل حسن التنفيذ

١٦١ المطلب الثاني : مضمون أحكام القانون النموذجي في شأن تأمينات العطاء

١٦١ أولاً : حاجة العطاء إلى التأمينات

١٦٢ ثانياً : تأمينات العطاء الصادرة من مؤسسة تأمينية غير محلية

١٦٣ ثالثاً : شروط تأمين العطاء توضحها أوراق الدعوة للمناقصة

- ١٦٤ رابعاً : شروط المساواة فى المعاملة
- ١٦٤ خامساً : عدم إحتجاز التأمين أو مصادرته دون مقتضى
- سادساً تعريفات : (تأمين العطاء - الاشتراء - السلع - الإنشاءات - الخدمات
- ١٧٦ - الهيئة الداعية للمناقصة)
- ١٦٩ المبحث الثانى : جوانب التنظيم القانونى المصرى لتأمين العقد الإدارى
- ١٦٩ تمهيد
- ١٧٠ أولاً : التأمين المؤقت أو الإبتدائى
- ١٧٠ - مبلغ التأمين المؤقت
- ١٧٠ - الحكمة من التأمين المؤقت
- ١٧٠ - مصير التأمين المؤقت
- ١٧٢ ثانياً : التأمين النهائى
- ١٧٢ - أداء التأمين النهائى
- ١٧٣ - خفض التأمين النهائى
- ١٧٣ - الاعفاء من التأمين النهائى
- ١٧٣ - جزاء عدم أداء التأمين النهائى
- ١٧٤ - رد التأمين النهائى
- ١٧٥ - مصادرة التأمين النهائى
- ١٧٦ - فى تنفيذ عقود مقاولات الأعمال
- ١٧٦ - السمات المميزة لجزاء مصادرة التأمين
- ١٨٠ ثالثاً : أحكام مشتركة بين التأمين المؤقت والتأمين النهائى
- ١٨٠ (أ) الاعفاء من التأمين المؤقت والنهائى

- (ب) كيفية أداء التأمين المؤقت والنهائي ١٨٠
- التأمين النقدي ١٨١
- صور أداء التأمين النقدي ١٨١
- الايداع فى خزانة حكومية ١٨١
- حوالة بريدية ١٨١
- الشيكات ١٨١
- خطاب الضمان ١٨٢
- المبحث الثالث : مقارنة أحكام القانون المصرى وقانون اليونسترال النموذجى فى
- شأن « تأمينات العطاء » ١٨٣
- أولاً : المناقصات الداخلة فى إطار القانون المصرى رقم ٩ / ١٩٨٣ م ، ولانحتة
- التنفيذية ١٨٣
- ثانياً : تأمين العطاء من مصرف غير مقيم فى مصر ١٨٣
- ثالثاً : عدم تذكر جهة الإدارة الداعية إلى المناقصة لما اشترطته فى وثائق
- المناقصة بشأن التأمين ١٨٦
- رابعاً : عدم جواز منازعة جهة الإدارة للمتقدم إليها بعطاء فى استرداد التأمين ١٨٧
- خامساً : سرعة رد وثيقة التأمين ١٨٩
- سادساً : اعلاء الالتزام الدولى على الالتزام المحلى ١٩١
- سابعاً : خطاب الضمان - صك الكفالة - بوليصة التأمين ١٩٤
- ثامناً : التحكيم فى العقود الإدارية ١٩٨
- ملحق : وثيقتا غرفة التجارة الدولية ٢٠٣

ICC uniform Rules For Contrasct Guarantees

ICC Uniform Rules for Demand Guarantees

مطبعة الجبل اوى

٢٠٢ شارع الفرعة الهولاقية - شبرا ت : ٦٨١٨٩٥

رقم الإيلاع بدار الكتب ١٩٩٥/٧.٤٧

I. S. B. N. 977 - 00 - 9410 - 2



General Organization of the Alexandria Library (GOAL)

Bibliothèque d'Alexandrie

الموسوعة القانونية للإستثمارات والعقود الدولية

تستهدف مطبوعات « الموسوعة القانونية للإستثمارات والعقود الدولية » تلبية حاجة المكتبة العربية الى إستجلاء « الجوانب القانونية للتجارة الدولية » .

وهذا المجال الإقتصادي والقانوني الحيوي يرتكن بالأخص الى عديد من الوثائق الدولية التي - رغم أهميتها - يفتقدها الباحث علي المستوي المحلي ، بينما تنشغل بها أكثر من منظمة وهيئة وجمعية دولية ، تعكف علي هذه الوثائق ، سواء بالإعداد أو التجميع أو الدراسة أو التطبيق أو فض المنازعات التي تنشأ عن التعامل بها ، مما أوجد ذخيرة علمية لا يستهان بها وتستأهل من الدارسين كل العناية .

وقد تزايدت أهمية هذه الوثائق بالنسبة للعالم العربي ، وعلي الأخص بعد أن إتحه الي إبرام عديد من إتفاقيات وعقود الإستثمار مع رؤوس الأموال الأجنبية بحيث أصبح توفير هذه الوثائق بين أيدي المشتغلين في مجالات الإستثمار والتجارة والمسؤولين عن مشروعات التنمية في البلاد العربية ضرورة ملحة .

وقد أخذت « الموسوعة القانونية للعقود والإستثمارات الدولية » علي عاتقها المبادرة الي النهوض بهذه الخدمة القومية الجديدة وتتمثل في إصدار سلسلة من المطبوعات العلمية والعملية تتضمن نخبة من الوثائق والبحوث في المجالات التي أشرنا اليها .

وتبدأ « الموسوعة القانونية للعقود والإستثمارات الدولية » بتقديم الوثائق والبحوث الآتية :

- * لائحة مناقصات البنك الدولي .
- * العقود الإستشارية علي ضوء لائحة البنك الدولي لاستخدام الإستشاريين .
- * التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية (اختيار المتعاقد)
- * التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية (ضمان المستحقات)
- * اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي .
- * عقد المقاولة الدولي .
- * التحكيم في المنازعات التجارية الدولية .